

FÁBIO DA SILVA **VEIGA** | FILIPPO **VIGLIONE** | VINCENZO **DURANTE**

DIRETORES

DIREITOS FUNDAMENTAIS

NA PERSPECTIVA ÍTALO-BRASILEIRA

VOLUME II

Spqj

1222-2022
800
ANNI



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA



IBEROJUR
INSTITUTO IBEROAMERICANO
DE ESTUDOS JURÍDICOS

Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira

Vol. II

Fábio da Silva Veiga

Filippo Viglione

Vincenzo Durante

(Diretores)

Padova | Porto | 2021

O editor não é responsável pelas opiniões, comentários e manifestações contidas nos textos dos respectivos autores. A presente obra expõe exclusivamente a opinião de cada autor como manifestação do seu direito à liberdade de expressão e ao padrão académico-científico definido pelo parâmetro de revisão do Comité Científico. O editor se opõe expressamente a qualquer das páginas desta obra ou partes da mesma nas quais sejam utilizados resumos ou textos jornalísticos. Qualquer forma de reprodução, distribuição, comunicação pública ou transformação desta obra só pode ser realizada mediante autorização de seus titulares, salvo exceção prevista na lei. Portanto, este livro não poderá ser reproduzido de forma integral sem a autorização prévia dos editores. Os autores dos capítulos ficam autorizados à reprodução e indexação na forma eletrónica sem fins comerciais, fazendo-se menção de que os respectivos textos pertencem à integralidade do livro, desde que citados o editor e demais informações da obra. Quaisquer outras formas de cessão do uso da obra, sem a autorização prévia, por escrito, dos titulares do copyright, são consideradas proibidas.

O procedimento de seleção de originais ajusta-se aos critérios específicos de investigação, no que se indica que as admissões dos trabalhos publicados respondem a critérios de qualidade equiparáveis aos exigidos pelas revistas científicas, nomeadamente avaliação double-blind review do Comité Científico composto por doutores em conformidade com a especialização da matéria.

Citação:

VEIGA, Fábio da Silva; VIGLIONE, Filippo; DURANTE, Vincenzo. Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Vol. II, Porto/Padova: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università di Padova, 2021, 530 págs. ISBN: 978-989-54869-8-4

Ficha Técnica

© 2021 Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR

Título: Direitos Fundamentais na Perspectiva Ítalo-Brasileira, Vol. II

Coordenadores: Fábio da Silva Veiga, Filippo Viglione e
Vincenzo Durante

Diagramação: Talita Corrêa Gomes Cardim

© [Autores vários]

Suporte: Eletrónico; Formato: PDF

ISBN: 978-989-54869-8-4

1ª edição: Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos e Università
di Padova

Rua de Avilhô, 214, Matosinhos (Porto) - Portugal.

4460-282.

Julho, 2021

Depósito Legal - Biblioteca Nacional de Portugal

486583/21

Comité Científico

Adriano Marteleto Godinho (UFPB)

Alessandro Boscati (U.Milano)

Anderson Lobato (FURG)

André Copetti (UNIJUÍ)

Angelo Viglianisi Ferraro (U.Reggio Calabria)

António Francisco de Sousa (U.Porto)

Augusto Jobim (PUCRS)

Bruna Capparelli (U.Bologna)

Carlos Alberto Lunelli (UCS)

Cleide Calgaro (UCS)

Denise Fincato (PUCRS)

Davide Casale (U.Bologna)

Doglas Lucas (UNIJUI)

Fabio Veiga (IBEROJUR)

Fabio Siebeneichler de Andrade (PUCRS)

Fabrizio Piraino (U. Palermo)

Filippo Viglione (U.Padova)

Francesca Benatti (U.Padova)

Frederico Oliveira (UNAMA)

Gianpaolo Poggio Smanio (U.Mackenzie)

Jeferson Bacelar (UNAMA)
Maria Cláudia Antunes de Souza (UNIVALI)
Maria Claudia Brauner (FURG)
Maria Creusa Borges (UFPB)
Maria de Fátima Ribeiro (UNIMAR)
Maria Giovanna Greco (U.Parma)
Mauro Grondona (U.Genova)
Nereu Giacomolli (PUCRS)
Patricia Cardoso (UFF)
Ricardo Gloeckner (PUCRS)
Riccardo Cappi (UNEB)
Renata Guadagnin (PUCRS)
Rossano Pecoraro (UNIRIO)
Vania Siciliano Aieta (UERJ)
Valter Moura do Carmo (UNIMAR)
Vincenzo Durante (U.Padova)
Wilson Engelman (UNISINOS)
Zélia Pierdoná (U.Mackenzie)

No final de janeiro de 2021 o Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR) e a Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, promoveram, em Pádua, Itália, o I Seminário Ítalo-brasileiro de Direitos Fundamentais.

O objetivo proposto pelo Seminário foi o de fomentar de forma crítica, metodológica e dialética, o debate jurídico-científico sobre temas que gravitam a esfera dos direitos fundamentais no âmbito europeu, italiano e brasileiro. Para atingir esses objetivos, houve a participação colaborativa entre diversos programas de mestrado e doutorado de instituições italianas e brasileiras.

Como resultado dos trabalhos apresentados, e, após a revisão rigorosa do Comité Científico, apresenta-se à comunidade académica internacional os artigos aprovados, de modo a difundir os resultados finais de pesquisas altamente relevantes sobre direitos fundamentais, assim como, apresenta-se os resultados parciais de pesquisas que buscam dar respostas a problemáticas atuais e em constante análise crítica.

Porto/Pádua
Julho de 2021

Fábio Veiga
Filippo Viglione
Vincenzo Durante
(Coordenadores)

Instituições organizadoras

Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR – PORTUGAL.

Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali – ITÁLIA.

Instituições colaboradoras

Universidade Lusófona do Porto – PORTUGAL

Universidade do Vale do Itajaí, PPGCC -BRASIL

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, PPGD – BRASIL

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PPGD/PPGCC – BRASIL

Universidade de Caxias do Sul, PPGD – BRASIL

Universidade do Rio Grande, PPGDJS - BRASIL

Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, PPGD – BRASIL

Universidade Presbiteriana Mackenzie - BRASIL

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, PPGD – BRASIL

Centro Universitário Sete de Setembro, PPGD - BRASIL

Conteúdo

O direito ao esquecimento e o seu reconhecimento como direito fundamental

João Alexandre Silva Alves Guimarães & Ana Júlia Silva Alves Guimarães 15

A origem do poder e da autoridade e sua relação com a Lei nº 13.869/2019

Yasmin Sales Silva Cardoso 29

Superpoderes das bigtechs e as práticas anticoncorrenciais

Jamile Nazaré Duarte Moreno Jarude 43

Um estudo sobre a competencia do júri na adjudicacao dos contratos públicos em Portugal

Greice Kelly dos Santos Silva & Samuel Sampaio Evangelista 54

Os Smart Contracts e o combate a corrupção em contratações públicas

Fabrizio Bon Vecchio & Débora Manke Vieira 69

A exigência de programas de integridade nas contratações públicas brasileiras: das normas estaduais à Nova Lei de Licitações

Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves 83

Convenções nº 29 e nº 105 da OIT e o combate ao trabalho forçado no Brasil

Juliana Santos de Freitas

94

Registro de imóveis no Brasil: história e segurança jurídica em operações imobiliárias

Regiane Nistler

109

A função integrativa da soft law para efetivação de direitos humanos: análise do documento de montreux

Regiane Nistler

124

Crianças Indígenas e Violência: Trajetórias de Exclusão

Thaís Janaina Wenczenovicz

139

A compliance cartorária: tecnologia da informação – TI e gestão da informação - GI nas serventias extrajudiciais e o problema da apropriação da identidade dos cartórios pelos sites de serviços cartorários

Mariangela F. Ariosi

153

Breves notas sobre os vieses de uma inteligência artificial (IA): a busca por uma IA não discriminatória

Diego Fontenele Lemos

167

Meio ambiente equilibrado como meio de garantir a dignidade da pessoa humana

Dinara de Arruda Oliveira

183

Primeiros apontamentos para um capitalismo de ODS: dificuldades e consequências diante dos novos contratos trabalhistas

Renato Maso Previde

196

A Proteção do Meio Ambiente Marinho de Acordo com Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS. 14 da Agenda 2030

Henrique Lopes Dornelas

210

Direito Fundamental ao Acesso à Justiça: Contraditório Participativo como Forma de Legitimação da Prestação Jurisdicional

Andrea Boari Caraciola

225

Alfabetización e inclusión financiera como mecanismo de inclusión social y desarrollo sostenible

María Augusta Camacho Zegarra

237

Audiencia pública en la administración estatal en Argentina y Brasil: bases, orígenes y aplicaciones ambientales en actualidad

Carlos Augusto Motta Murrer

250

Criminalidade virtual em tempos de pandemia no Brasil

Adriane Medianeira Toaldo & Felipe Mattos dos Santos

264

Anassagora entra in Cassazione e Rende Strabico Il Risarcimento Del Danno Non Patrimoniale: Commento A Cass. 25164/2020

Luca Oliveri

277

Amazônia em Chamas: A Responsabilidade do Estado Brasileiro perante o Sistema Jurídico Internacional versus a Soberania Nacional

Ricardo Cotrim Chaccur

292

Direito fundamental à saúde no Brasil: a saúde pública face aos desafios da política de medicamentos

Maria Claudia Crespo Brauner & Sérgio Danilo Madeira

306

Reflexiones críticas sobre las garantías en el proceso de decomiso autónomo

Tomás Farto Piay

319

A proteção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise a partir dos princípios da ponderação e razoabilidade

Luiza de Almeida Pereira Macedo

334

Exclusão Financeira: Seu impacto nos Direitos Fundamentais

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho & José Francisco Lumango 345

O direito à cidade (inteligente): a governança participativa como condição de possibilidade para efetivação dos direitos humanos

Wilson Engelmann & Camilo Stangherlim Ferraresi 362

Narratives of power and law: The foucauldian prison

Marco Ribeiro Henriques 377

A força normativa da Constituição na visão de Konrad Hesse e sua influência no pensamento constitucional brasileiro

Fabio Turetta & Adriano Marteleto Godinho 389

Foucauldian systems for a theory of validity of law

Marco Ribeiro Henriques 404

A Eficácia e os Impactos das Medidas Cautelares no Conflito em Nagorno-karabakh

Silvio Leite Guimarães Neto & Luis Felipe Brito Herdy 421

Concretização do Direito Fundamental à Saúde no Brasil

Carlos Renato da Silva & Bárbara Ramacciotti 438

Gerações futuras e natureza: aspectos controvertidos em seu reconhecimento e tutela (a partir de seus fundamentos filosóficos, éticos e jurídicos)

Cleiton Lixieski Sell

453

A Mitigação da teoria da nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade

Marco Félix Jobim & Luiza de Medeiros Trindade

469

O direito à educação de qualidade diante do fenômeno da pandemia do covid-19 e as medidas de austeridades do governo brasileiro

Daniella Maria Pinheiro & Luís Alexandre Carta Winter

485

Deficiência e doença: delimitar a fronteira para garantir proteção laboral

Joana Neto

502

A Proteção de Dados Pessoais na Saúde: O Quanto Avançamos Desde o Caso Henrietta Lacks?

Marianna Gazal Passos

515

O direito ao esquecimento e o seu reconhecimento como direito fundamental

The right to be forgotten and the recognition as a fundamental right

João Alexandre Silva Alves Guimarães¹

Ana Júlia Silva Alves Guimarães²

Sumário: Introdução; 1. Evolução Histórica do Direito ao Esquecimento; 2. Acórdão VI ZR 405/18 do Bundesgerichtshof; Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

Resumo: O Direito ao Esquecimento, previsto no Art. 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados, é considerado um complemento para efetivar o Direito ao Apagamento previsto no mesmo Artigo. Ambos se originam no princípio constitucional da Autodeterminação Informacional, previsto nas constituições alemã e portuguesa desde a década de 1970, e efetivado em todo território da União Europeia desde 1995 com a Diretiva 95/46. Porém, o esquecimento foi ampliado em 2014 com o direito à desindexação, julgado e estabelecido no Acórdão Google Spain. Como no Espaço da União Europeia a proteção de dados é considerada um direito fundamental da pessoa humana, havia a discussão sobre a extensão do direito ao esquecimento e se poderia ser considerado um direito fundamental, por estar previsto dentro do regulamento que rege a proteção de dados. A Corte Infraconstitucional Alemã, Bundesgerichtshof (BGH), em decisão no dia 27 de julho de 2020, colocou que o direito ao apagamento e o direito a desindexação não são direito absoluto, que deve ser julgado sob a demanda do caso, no debate do limite do interesse coletivo e do interesse pessoal, mas a Corte foi bem clara em colocar a existência do direito ao esquecimento como um direito fundamental e que deve ser julgado em cada caso particular, ao confronto de dois ou mais

1 Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Mestre em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho, Portugal. Associado do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil – IBERC e Membro do Comitê Executivo do Laboratório de Direitos Humanos – LabDH da Universidade Federal de Uberlândia. joaoalexgui@hotmail.com.

2 Discente no curso de Direito na Universidade Pitágoras – Uberlândia. anajuliasagui@gmail.com

direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Direito ao Esquecimento; RGPD; Desindexação.

Abstract: The Right to be Forgotten, foreseen in Art. 17 of the General Data Protection Regulation, is considered a complement to make the Right to Erase provided for in the same article. Both originate from the constitutional principle of Informational Self-determination, provided for in the German and Portuguese constitutions since the 1970s, and implemented throughout the European Union since 1995 with Directive 95/46. However, forgetfulness was increased in 2014 with the right to deindexation, judged and established in the Google Spain Judgment. As in the European Union space, data protection is considered a fundamental human right, there was a discussion about the extension of the right to be forgotten and if it could be considered a fundamental right, as it is provided for in the regulation that governs data protection. The German's Federal Court of Justice, Bundesgerichtshof (BGH), ruled on July 27, 2020, held that the right to erasure and the right to deindexation are not absolute rights, which must be judged on the demand of the case, in the debate of the limit collective interest and personal interest, but the Court was very clear in putting the existence of the right to be forgotten as a fundamental right and that must be judged in each particular case, to the confrontation of two or more fundamental rights.

Keywords: Right to be forgotten; GDPR; Deindexation.

Introdução

A internet tornou-se uma rede complexa de dados, cada vez mais utilizada e alimentada com um excessivo número de informações, de todos os tipos de conteúdo e principalmente os de cunho pessoal, o que possibilita a criação de um cenário em que nada é esquecido. Viktor Mayer-Schönberger afirma que enquanto estamos constantemente esquecendo e reconstruindo elementos do nosso passado, a generalidade dos internautas continua a acessar a lembrança digital e os fatos que não foram modificados e reconstruídos. Logo, como o passado que lembramos vai mudando

e evoluindo, o passado capturado na memória digital é constante e permanece congelado no tempo. É possível que essas duas visões se colidam, ou seja, a memória congelada que os outros têm sobre nós e a memória emergente em evolução que carregamos em nossas mentes. Nenhuma delas é uma representação precisa e completa do que somos e nos tornamos. A primeira visão está presa no tempo, enquanto a segunda, a interpretação do passado da nossa mente, é influenciada por quem somos no presente.³

O que leva à frases muito utilizada no cotidiano dos internautas “uma vez na internet, para sempre na internet” ou “na internet nada se apaga”. Essas frases corroboram a ideia de que a capacidade de armazenamento, seja por meios eletrônicos como nuvens ou por dispositivos físicos, tornou-se praticamente ilimitada. Schönberger afirma que as novas tecnologias fazem o ato de esquecer, que antes era regra, virar exceção.⁴

A natureza do Direito ao Esquecimento então ocorre da premissa dos direitos fundamentais instituídos com a finalidade de proteger a Dignidade Humana, resguardando o homem em sua liberdade, necessidade e em sua preservação.

Esse direito tem como objetivo proteger usuários que se tornariam vítimas da era digital e prevenir abusos por parte das liberdades de informação, de expressão e de imprensa. Sendo assim, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a História, mas o direito ao esquecimento assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade como são lembrados.⁵

É possível, então, tratar o Direito ao Esquecimento como um direito fundamental, dado que, na sociedade da informação,

3 MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press; Edição: Revised ed.for Kindle, p. 6, 25 de julho de 2011.

4 GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves. O regime jurídico do direito ao esquecimento (ou à desindexação) na União Europeia e a sua repercussão no direito brasileiro. 2019.

5 SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. 3ª Edição, São Paulo, Atlas, 2014. p. 165.

é praticamente inviável resguardar a privacidade sem se garantir o esquecimento para proteger a dignidade da pessoa humana.

1. Evolução histórica do direito ao esquecimento

A consagração de um conjunto de pretensões jurídico-políticas denominado direito de proteção de dados surge em um contexto internacional de crescente percepção da informação relativa aos indivíduos, no âmbito da utilização da informação relativa aos indivíduos, e da utilização de meios informáticos para o desenvolvimento humano nas sociedades democráticas.⁶

O direito à proteção de dados apresenta-se essencialmente como um direito de garantias de um conjunto de valores fundamentais individuais que se destacam a privacidade e a liberdade, em poucas palavras, a autodeterminação individual.⁷

A ideia do direito ao esquecimento tem suas origens no conceito legal francês e italiano, que o descreve como direito ao silêncio sobre os acontecimentos passados na vida que já não mais estão ocorrendo, como nos crimes em que as pessoas foram absolvidas. O referido direito surgiu da combinação entre a legislação e a jurisprudência, desde o final dos anos 1970. Nesse viés, o direito ao esquecimento está mais suscetível a ser visto como uma restrição da liberdade de expressão, na medida em que controla o que pode e o que não pode ser dito de modo particular, embora referentes a fatos e acontecimentos legítimos. A “versão online” do direito ao esquecimento trazida pela Comissão Europeia não funciona com esta ideia “dramática” de apagar eventos passados, mas sim com a ideia de supressão de dados que não

6 CALVÃO, Filipa Urbano. O Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais e a Privacidade 40 Anos Depois. Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução, Manuel Afonso Vaz, Catarina Santos Botelho, Luís Heleno Terrinha, Pedro Coutinho (Coord.), Universidade Católica Editora, p. 87, 2017.

7 CALVÃO, Filipa Urbano. Página 89.

são mais necessários.⁸

A autodeterminação informacional foi reconhecida pela Constituição da República Portuguesa (CRP) sob a epígrafe “Utilização da informática”, em 1976, sendo então pioneira na consagração constitucional de direitos que especificamente protegem os dados pessoais dos cidadãos em relação ao uso das novas tecnologias. Como a epígrafe indicia, o artigo 35.º da CRP veio regular juridicamente problemas levantados pelo uso do computador, constituindo uma primeira expressão, com dignidade constitucional, do Direito da Informática ou, talvez, hoje, preferivelmente, do Direito da Eletrônica.⁹

O princípio do consentimento ou da autodeterminação é a pedra angular sobre a qual se estrutura o tratamento dos dados pessoais. Certo que não é a vontade do titular dos dados que define o nível de proteção a que eles ficam sujeitos, dependendo a proteção outorgada a cada tipo ou categoria de dados da vontade do legislador, mas existe um relação necessária entre o consentimento e a licitude da recolha e tratamento dos dados que apenas poderá ser afastada ou derogada nos casos particulares previstos na lei.¹⁰

Esse modelo de autodeterminação informacional, como modelo constitucional segue como forma de assegurar as faculdades individuais que integram o conteúdo essencial do direito à proteção dos dados pessoais perante o uso das novas tecnologias, principalmente da informática foi confirmada em decisão jurisprudencial que marcou a construção do direito à autodeterminação informacional na Alemanha.¹¹

A autodeterminação informacional tem como âmbito

8 BERNAL, Paul Alexander. A Right to Delete?. European Journal of Law and Technology. Belfast, Reino Unido, v. 2, n. 2, 2011.

9 CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de “Utilização da Informática”: O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. e-Pública, Lisboa, v. 3, n. 3, p. 44, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004&lng=pt&nrm=iso>.

10 MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Página 574.

11 MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Página 568.

subjetivo a proteção das garantias do direito à privacidade, trata-se de um direito universal, como sucede com a generalização dos direitos, liberdades e garantias de natureza pessoal, sendo que todas as pessoas pelo facto de o serem, gozam desse direito.¹²

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) de 1950, que entrou em vigor em 1953, estabeleceu direito à proteção de dados pessoais como parte dos direitos tutelados, previsto no artigo 8.º da CEDH, garantindo o direito ao respeito pela vida privada e familiar, pelo domicílio e pela correspondência e estabelece as condições em que são permitidas restrições a este direito.¹³

A Convenção consagrou igualmente o direito das pessoas a saberem que existem informações armazenadas a seu respeito e, se necessário, a que elas sejam retificadas. Só eram admitidas restrições aos direitos estabelecidos na Convenção quando estiverem em causa interesses superiores, como a proteção da segurança do Estado.¹⁴

Em 1995, a União Europeia adotou a Diretiva de Proteção de Dados, Diretiva 95/46, com dois objetivos principais: proteger o direito fundamental à proteção de dados e garantir o livre fluxo de informações pessoais entre os Estados-Membros. Este último objetivo permitiu a UE conseguir uma maior harmonização da proteção de dados, exigindo que cada Estado-Membro adotasse legislação nacional para proteger “os direitos e liberdades fundamentais das pessoas singulares.”. A diretiva exigia que qualquer empresa sediada na UE cumprisse regras específicas para o processamento e a transferência de dados do consumidor europeu, concedendo aos consumidores determinados direitos em relação aos seus dados pessoais, como o direito de ser notificado de todos os usos e divulgações sobre dados, colheita e

12 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. Páginas 557 - 558.

13 CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, STCE n.º. 005, 1950

14 CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 16, 2014.

processamento, e o direito de corrigir ou excluir dados pessoais.¹⁵

Os pedidos de apagamento ou eliminação dos dados baseiam-se muitas vezes na alegação de que o tratamento de dados não tem uma base legítima. Essas alegações surgem geralmente quando o consentimento foi revogado ou quando certos dados já não são necessários à prossecução da finalidade para que foram recolhidos. O ónus da prova de que o tratamento dos dados é legítimo recairá sobre o responsável pelo tratamento de dados, uma vez que é ele o responsável pela legitimidade dele. O princípio da responsabilidade exige que o responsável pelo tratamento esteja em condições de demonstrar, a todo o tempo, que as suas operações de tratamento de dados têm uma base legal legítima, caso contrário terá de interromper esse tratamento.¹⁶

O acórdão Google tornou-se um marco e referência dentro da UE e para todo o mundo. A partir da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) iniciou-se a discussão sobre o tratamento de dados pelos motores de busca e consolidou-se o “direito ao esquecimento” (ou à desindexação), que é o direito ao apagamento aplicado aos mecanismos de busca, ou seja, o direito a desindexar informações nas pesquisas realizadas por essa via.

O TJUE reconheceu que cada pessoa tem o direito a que informações sobre si disponíveis na internet deixem de ser associadas ao seu nome, por meio de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada em motores de busca, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que tal associação cause prejuízo à pessoa em causa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º (proteção da vida privada) e 8.º (proteção de dados pessoais) da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão numa lista de resultados, esses direitos prevalecem, em princípio,

15 CURTISS, Tiffany. Página 99

16 CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 118 – 119, 2014.

não só sobre o interesse económico do operador do motor de pesquisa, mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa.¹⁷

A União Europeia adotou o novo Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) que inclui o direito ao apagamento («direito a ser esquecido»), reconhecendo o direito ao apagamento e esquecimento com etapas específicas para os responsáveis pelo tratamento de dados apagarem informações mediante solicitação.

Para Menezes Cordeiro a natureza jurídica do direito ao esquecimento suscita dúvidas. Seguindo a letra do preceito, o direito ao esquecimento não consiste em um direito a exigir, do público em geral, o apagamento de determinados dados pessoais, mas somente no direito a exigir ao responsável pelo tratamento que informe os demais responsáveis de que o titular dos dados lhes solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como o apagamento de eventuais cópias ou reproduções.¹⁸

O direito de ser esquecido permite que um indivíduo controle seus dados pessoais se não for mais necessário para seu propósito original, ou se, por algum outro motivo, desejar retirar o consentimento quanto ao seu processamento, entre outras razões.¹⁹

Se o conteúdo da página original do site não for excluído ou editado, mas apenas desindexado dos resultados da pesquisa, haverá, por um lado, a manutenção do conteúdo original, embora com menos visibilidade, sacrificando em menor medida, as liberdades comunicativas e reconhecendo o valor histórico da informação, e, por outro lado, a criação de dificuldades para acessar as páginas indiscriminadamente, ou seja, páginas que não estão relacionadas com o contexto original de um conteúdo

17 SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Página 102.

18 CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da Proteção de Dados: À Luz do RGPD e da Lei N.º 58/2019. Coimbra: Almedina, novembro de 2016. Página 275.

19 SAFARI, Beata A.. Página 835 .

potencialmente prejudicial para o indivíduo a que se refere.²⁰

Ou seja, o direito à desindexação é o direito que permite a um indivíduo que se sente prejudicado por um resultado, através de uma busca com seu nome juntamente com um determinado termo, solicitar ao motor de busca a desindexação de um ou mais resultados – assim dizendo, ao aparecer a lista de resultados, alguns deles serem suprimidos e não existir uma hiperligação a um determinado link.²¹

Para Alexandre Sousa Pinheiro, em anotação alude à publicitação dos dados pelo responsável, que, quando for obrigado ao respetivo apagamento, face exercício deste direito, terá de adotar as medidas que forem razoáveis para informar os responsáveis pelo tratamento efetivo dos dados pessoais de que o titular dos dados lhe solicitou o apagamento das ligações para esses dados pessoais, bem como das cópias, réplicas, ou reprodução dos mesmos. Este preceito trata do direito a ser esquecido em linha, que se consubstancia na adoção de medidas técnicas, por parte do responsável pelo tratamento para, informar outros sites de que determinado titular requereu a pagamento de seus dados pessoais.²²

O “direito ao esquecimento” foi fortalecido quando comparado com o julgamento do Google Spain, pois inclui uma obrigação para o responsável pelo tratamento que tornou públicos os dados pessoais para informar outros responsáveis pelo tratamento que processam tais dados pessoais para apagar quaisquer links, ou cópias ou replicações desses dados pessoais. Ao fazê-lo, esse responsável pelo tratamento deve tomar medidas razoáveis, levando em conta a tecnologia disponível e os meios disponíveis para o responsável pelo tratamento, incluindo medidas técnicas.²³

20 SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani Schades. Página 41.

21 GUIMARÃES. João Alexandre Silva Alves. Página 9.

22 PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.). Página 368.

23 BURRI, Mira; SCHÄR, Rahel. Página 490.

2. Acórdão vi zr 405/18 do bundesgerichtshof

A recente decisão da Corte Infraconstitucional Alemã, Bundesgerichtshof (BGH), de 27 de julho de 2020, que colocou que o direito ao apagamento e, por conseguinte, o direito à desindexação, não é absoluto. Para a Corte, o Art. 17, parágrafo 1, do RGPD não se aplica como um todo se o processamento de dados for necessário para o exercício do direito à liberdade de expressão. Esta circunstância é a expressão de que o direito à proteção de dados pessoais não é um direito irrestrito. Como afirma o quarto considerando do RGPD, no que diz respeito à sua função social e mantendo o princípio da proporcionalidade contra outros direitos fundamentais, devem ser ponderados e, esta ponderação dos direitos fundamentais, é baseada em todas as circunstâncias relevantes do caso individual. Deve-se também, levar em consideração, a gravidade da interferência com os direitos fundamentais da pessoa em causa.²⁴

No contexto da avaliação, deve-se levar em consideração que a Internet não seria utilizável por indivíduos sem a ajuda de um mecanismo de busca, devido à inundação de dados não mais gerenciáveis. Em última análise, a utilização da Internet como um todo está dependente da existência e disponibilidade de motores de pesquisa, cujo modelo de negócio foi, portanto, aprovado pelo ordenamento jurídico e socialmente desejável. Por outro lado, a atividade dos motores de busca desempenha um papel importante na divulgação global dos dados pessoais, visto que os disponibiliza a qualquer utilizador da Internet que procure pelo nome do interessado, incluindo quem visite o sítio onde se encontra. Os dados são publicados, casos contrários não teriam sido encontrados. Isso pode levar ao fato de os usuários do mecanismo de pesquisa com a lista de resultados receberem uma visão geral estruturada das informações sobre a pessoa em questão na Internet, com base na qual eles podem criar um perfil mais ou menos detalhado da

²⁴ Bundesgerichtshof. VI ZR 405/18, Verkündet am: 27. Juli 2020, OLG Frankfurt am Main.

pessoa.²⁵

Neste contexto, o peso dos interesses econômicos do gerente do mecanismo de pesquisa por si só geralmente não é suficientemente pesado para limitar os direitos das pessoas afetadas. Em contrapartida, tem maior peso o interesse do público pela informação e, sobretudo, os direitos fundamentais de terceiros a aqui incluídos. Portanto, não há presunção de prioridade da proteção dos direitos pessoais, mas os direitos fundamentais opostos devem ser avaliados em pé de igualdade. Assim como os indivíduos não podem determinar unilateralmente, em relação aos meios de comunicação, quais informações são divulgadas sobre eles no contexto da comunicação pública, eles não têm esse poder de determinação em relação aos operadores de mecanismo de pesquisa.²⁶

Ou seja, o Bundesgerichtshof, mesmo que no processo tenha negado o direito à desindexação ao autor, colocando como princípio o interesse geral e a não possibilidade de desvincular os acontecimentos ao autor, a Corte foi bem clara em colocar a existência do direito ao esquecimento como um direito fundamental e que deve ser julgado em cada caso particular, ao confronto de dois ou mais direitos fundamentais.

Considerações finais

Quando o direito ao esquecimento é a demanda da causa, a discussão sempre decorrerá sobre os limites do direito a vida privada e os limites do interesse coletivo. O Bundesgerichtshof ao reconhecer o direito ao esquecimento como um direito fundamental da pessoa humana deixou bem claro que a estará em igualdade quando enfrentar outros direitos fundamentais como os que a sociedade como um todo goza.

25 Bundesgerichtshof. VI ZR 405/18, Verkündet am: 27. Juli 2020, OLG Frankfurt am Main.

26 Bundesgerichtshof. VI ZR 405/18, Verkündet am: 27. Juli 2020, OLG Frankfurt am Main.

Fica claro que todo ser humano tem o direito à vida privada e que também tem o direito sobre as informações que dizem à respeito, ou seja, o princípio constitucional da autodeterminação informacional. E esse princípio faz com que o esquecimento seja um direito para que quando a vida privada for violada, ou quando, informações veiculadas na internet não condizem com a realidade, ou mesmo, afastam a possibilidade de viver cotidianamente normal, não seja reprimido por um possível interesse coletivo, ou pela pretensão lucrativa dos motores de busca.

Portanto, o Direito ao Esquecimento é um direito fundamental, protegendo todo cidadão e fornecendo a liberdade de ter uma vida privada sem interferência. Afastando assim a possibilidade de informações fora de contexto virarem uma verdade absoluta e fonte de opinião para outras pessoas ou para o interesse coletivo.

Referências bibliográficas

BERNAL, Paul Alexander. A Right to Delete?. European Journal of Law and Technology. Belfast, Reino Unido, v. 2, n. 2, 2011.

BUNDESGERICHTSHOF. VI ZR 405/18, Verkündet am: 27. Juli 2020, OLG Frankfurt am Main.

BURRI, Mira; SCHÄR, Rahel. The Reform of the EU Data Protection Framework: Outlining Key Changes and Assessing Their Fitness for a Data-Driven Economy. Journal of Information Policy, Volume 6, 479-511, 2014.

CALVÃO, Filipa Urbano. O Direito Fundamental à Proteção dos Dados Pessoais e a Privacidade 40 Anos Depois. Jornadas nos quarenta anos da Constituição da República Portuguesa – Impacto e Evolução, Manuel Afonso Vaz, Catarina Santos Botelho, Luís Heleno Terrinha, Pedro Coutinho (Coord.), Universidade Católica Editora, p. 87, 2017.

CANOTILHO, J.J. GOMES; Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa Anotada: Artigos 1º a 107º. Volume I, 4ª edição revista.

Coimbra Editora, 2007.

CASTRO, Catarina Sarmento e. 40 anos de “Utilização da Informática”: O artigo 35.º da Constituição da República Portuguesa. e-Pública, Lisboa, v. 3, n. 3, p. 44, dez. 2016. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300004&lng=pt&nrm=iso>.

CONSELHO DA EUROPA. Convenção Europeia dos Direitos do Homem, STCE n.º. 005, 1950

CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 16, 2014.

CONSELHO DA EUROPA. Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados. Luxemburgo, p. 118 – 119, 2014.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes. Direito da Proteção de Dados: À Luz do RGPD e da Lei N.º 58/2019. Coimbra: Almedina, novembro de 2016. Página 275.

CURTISS, Tiffany. Privacy Harmonization and the Developing World: The Impact of the EU’s General Data Protection Regulation on Developing Economies. Washington Journal of Law, Technology & Arts, 97-121, 2016.

GUIMARÃES, João Alexandre Silva Alves. O regime jurídico do direito ao esquecimento (ou à desindexação) na União Europeia e a sua repercussão no direito brasileiro. Braga, 2019. Disponível em <<http://hdl.handle.net/1822/63949>>.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. Delete: The Virtue of Forgetting in the Digital Age. Princeton University Press; Edição: Revised ed.for Kindle, p. 6, 25 de julho de 2011.

MIRADA, Jorge; MEDEIROS, Ruy. Constituição Portuguesa Anotada. Volume I, 2º ed., Revista – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017.

PINHEIRO, Alexandre Sousa (Coord.); Coelho, Cristina Pimenta; Duarte, Tatiana; Gonçalves, Carlos Jorge; Gonçalves, Catarina Pina. Comentários ao Regulamento Geral de Proteção de Dados.

Almedina, Coimbra, dezembro de 2018.

SAFARI, Beata A. Intangible Privacy Rights: How Europe's GDPR Will Set a New Global Standard for Personal Data Protection. *Seton Hall Law Review*, Volume 47, 809-848, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3ª Edição, São Paulo, Atlas, 2014.

SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Do Direito a Estar Só ao Direito ao Esquecimento. Considerações Sobre a Proteção de Dados Pessoais Informatizados no Direito da União Europeia: Sentido, Evolução e Reforma Legislativa. *Revista da Faculdade de Direito - UFPR*, Vol. 61(n.º 3), 91 – 118, 2016.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; BORGES, Carolina Biazatti; BENEVIDES, Nauani Schades. The Procedural Protection of Data De-Indexing in Internet Search Engines: The Effectiveness in Brazil of the So-Called “Right To Be Forgotten” Against Media Companies. *Revista Jurídica*, [S.l.], v. 1, n. 54, 25 - 50, mar. 2019.

A origem do poder e da autoridade e sua relação com a Lei nº 13.869/2019

*The origin of power and authority and their relationship with
Brazilian Law no. 13.869/2019*

Yasmin Sales Silva Cardoso¹

Sumário: 1. A origem do poder e da autoridade; 2. Nova Lei do abuso de autoridade; Considerações Finais.

Resumo: O marco teórico a respeito da origem do poder e da autoridade e se ambos são ou não sinônimos é algo muito discutido e de extrema importância para iniciar a análise do surgimento da Lei de abuso de autoridade e o que ela objetiva combater. Partindo desta análise, verificou-se que a Lei nº 4.898/65, que surgiu no auge da ditadura militar brasileira, não se mostrava eficaz no combate ao abuso de autoridade na prática, necessitando de uma reformulação. A partir de então surgiu a Lei nº 13.869/2019, que é a nova Lei sobre o abuso de autoridade no Brasil e que por ter surgido em um contexto social totalmente diferente da anterior, trazendo artigos que visam a proteção de vários direitos fundamentais constitucionalmente previstos, os quais, anteriormente, não eram tratados. Nesta perspectiva o objetivo do artigo é analisar a relação da origem do poder e da autoridade e, sua relação com o crime de abuso de autoridade, bem como as principais mudanças instituídas pela nova Lei. No decorrer do trabalho, foi identificado que abusos por parte de quem o possuem ocorrem desde sempre, ressaltando a importância de mecanismos de controle perante este fato. A modalidade de pesquisa é de caráter bibliográfico, amparando-se no modelo explicativo.

Palavras-Chave: Poder; Autoridade; Abuso de autoridade.

Abstract: The theoretical framework regarding the origin of power and authority and whether or not both are synonymous is

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade da Amazônia (UNAMA) na linha de pesquisa Sistemas de Proteção Jurídica dos Direitos Fundamentais. Bolsista do Centro de Aperfeiçoamento de Ensino Superior (CAPES), email: yasminsales13@gmail.com.

something that is very discussed and extremely important to begin the analysis of the emergence of the Law of abuse of authority and what it aims to combat. Based on this analysis, it was found that Law No. 4,898 / 65, which emerged at the height of the Brazilian military dictatorship, was not effective in combating abuse of authority in practice, requiring reformulation. Since then Law No. 13,869 / 2019 has emerged, which is the new Law on the abuse of authority in Brazil and which, because it arose in a social context totally different from the previous one, bringing articles that aim to protect several fundamental rights constitutionally provided for , which previously were not treated. In this perspective, the objective of the article is to analyze the relationship between the origin of power and authority and its relationship with the crime of abuse of authority, as well as the main changes instituted by the new Law. In the course of the work, it was identified that abuse by of those who own it have always occurred, emphasizing the importance of control mechanisms in view of this fact. The research modality has a bibliographic character, based on the explanatory model.

Keywords: Power; Authority; Abuse of authority

1. A origem do poder e da autoridade

Antes de analisar a nova Lei de abuso de autoridade, deve-se entender a origem do poder e da autoridade e sua relação com os direitos fundamentais.

Neste contexto, ressalta-se o significado da palavra autoridade para Maria Carmen Euler Torres e Lucia Rabello de Castro²:

Diante das oito definições do dicionário para a palavra autoridade, podemos dizer que ela se refere, de forma geral, a um lugar ocupado por alguém que tem a possibilidade de fazer-se obedecer, ou, ao menos, respeitar. O ocupante do lugar de autoridade seria investido de certo poder ou influência, diferente de outras pessoas, que o incumbiria de guardar as regras de um grupo, fazer valer seu cumprimento e ser reconhecido por ter um saber diferenciado.

Verifica-se que, nas relações aparentemente mais desiguais,

2 TORRES, Maria Carmen Euler; CASTRO, Lucia Rabello de. Disponibilidade ao outro: construindo novas formas de autoridade entre adultos e crianças. In Psicologia da Educação. São Paulo, 38, 1º sem. de 2014, p.88.

como é o caso de uma relação no espaço privado, é mais fácil encontrar quem seria a autoridade, do que em um espaço público já que, em tese, todos teriam os mesmos direitos de mandar e obedecer. Dessa forma, a autoridade fica dissolvida nas relações e, conseqüentemente, muito mais difícil de ser identificada, pois não ficaria associada apenas a uma figura³.

Assim, deve-se analisar a estreita ligação entre autoridade e poder, posto que quando se tem autoridade, você possui também poder, fazendo com que sejam designadas ordens para as outras pessoas, assumiram o papel de seus subordinados. Maria Torres e Lucia Castro⁴ ainda acrescentam que:

O poder passa pelos sujeitos, e esses são também seus efeitos, o que significa que ele se dá sempre através de relações de força. Poder e força andariam juntos, e de acordo com a expressão mais ou menos forte de poder em uma relação, haveria a sobreposição de um saber sobre os demais. Essa relação de poder exercido pela força se caracterizaria pelo confronto e seria eminentemente política.

Sobre a relação existente entre autoridade e poder, ressalta-se a obra do filósofo Michel Foucault dedicada à análise desta relação em que o poder não está localizado em uma instituição e nem como algo que se cede, como é o caso dos contratos jurídicos ou políticos. Para Foucault o poder reprime, mas também produz efeitos de saber e de verdade. Quanto a essa questão, Isabella Ferreirinha e Tânia Raitz⁵ destacam:

No que se refere ao poder, direito e verdade, sob a análise de Foucault, existe um triângulo em que cada item mencionado (poder, direito e verdade) se encontra nos seus vértices. Nesse triângulo, o filósofo vem demonstrar o poder como direito, pelas formas que a sociedade se coloca e se movimenta, ou seja, se há o rei, há também os súditos, se há leis que operam, há também os que a determinam e os que devem obediência.

3 TORRES, Maria Carmen Euler; CASTRO, Lucia Rabello de. Disponibilidade ao outro: construindo novas formas de autoridade entre adultos e crianças. In Psicologia da Educação. São Paulo, 38, 1º sem. de 2014, p.89.

4 Ibidem, p.91.

5 FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. In Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 44 (2): 367-83, mar./abr 2010, p. 369-370.

Para Foucault, a modernidade trouxe duas novidades que são fortemente interligadas, sendo elas: o poder disciplinar no âmbito dos indivíduos e a sociedade estatal no âmbito coletivo, em que o poder disciplinar surgiu em substituição ao poder pastoral no campo religioso⁶.

O poder, portanto, não é algo específico, mas sim o que varia de ação a ação, sendo que uma hora estão no campo do direito, outra no campo da verdade. Assim, o poder deve ser entendido como uma relação flutuante que não está em nenhuma instituição ou em ninguém. Dessa forma, para estabelecer o poder é necessário força⁷.

Em contrapartida ao pensamento de Foucault sobre poder, ressalta-se o pensamento de Hannah Arendt. A autora propõe retornar a uma outra tradição do pensamento político, a greco-romana, que fundamenta o conceito de poder no consentimento e não na violência⁸. Ademais, quando se diferencia poder de violência, mostra-se necessário aprofundar nas distinções conceituais, com a intenção de deixar claro o que o poder realmente é, bem como aquilo que ele não pode se tornar, assim, Hannah propõe diferenciar o que é poder, vigor, força, violência e autoridade⁹ e acrescenta:

Para Arendt, “o poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é propriedade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. Quando dizemos que alguém está ‘no poder’, na realidade nos referimos ao fato de que ele foi empossado por um certo número de pessoas para agir em seu nome.

Destarte, o conceito de autoridade já se refere ao mais enganoso dos fenômenos políticos, pois de um lado identifica uma relação hierárquica de mando e obediência, mas que não se traduz

6 FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. In Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 44 (2): 367-83, mar./abr 2010, p. 372.

7 Ibidem, p.382.

8 PERISSINOTTO, Renato M. Hannah Arendt, poder e a crítica da “tradição”. In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 61, 2004, p.117.

9 Ibidem, p.118.

em violência, e de outro não opera por meio de persuasão, pois não é uma relação igualitária, mas sim, hierarquizada, que quem obedece o faz devido ao respeito¹⁰.

Nas palavras de Marcelo Hsiao¹¹, entende-se autoridade como:

Entende-se por autoridade qualquer poder exercido sobre um homem ou grupo humano por outro homem ou grupo. Esse termo é generalíssimo e não se refere somente ao poder político. A autoridade é, portanto, qualquer poder de controle de opiniões e dos comportamentos individuais ou coletivos, a quem quer que pertença esse poder.

O problema filosófico da autoridade é sobre sua justificação, isto é, sobre o fundamento em que pode estar apoiada a sua validade, podendo diferenciar as seguintes doutrinas fundamentais: a primeira, de que o fundamento da autoridade é a natureza, a de que o fundamento da autoridade é a divindade e a que o fundamento da autoridade é o homem, ou seja, o consenso daqueles sobre os quais ela é exercida¹².

Ainda neste sentido, Marcelo Hsiao¹³ acrescenta:

Autoridade envolve obediência, e no entanto, exclui coerção, pois quando ocorre o emprego da força, da violência, não existe autoridade. Por outro lado, por envolver obediência, autoridade se situa no campo da hierarquia e, conseqüentemente, exclui a persuasão igualitária que anima o diálogo, político. Apesar desta dificuldade, deste fundamento é indispensável porque, num determinado momento, o processo político, exige uma escolha entre diversos argumentos. Este momento, que é o momento do poder, resulta do agir em conjunto que, no entanto, requer para ser estável, legitimidade.

A busca deste sentido empregado à autoridade é cada vez mais complicada, principalmente nos dias atuais, visto que

10 Ibidem, p.119.

11 HSIAO, Marcelo. Hannah Arendt - entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p.47.

12 HSIAO, Marcelo. Hannah Arendt - entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 47.

13 Ibidem, p.53.

a autoridade envolve obediência. Contudo, nessa relação de obediência não pode ocorrer a coerção, pois toda vez que ocorre o emprego de força ou violência, a autoridade deixa de existir. O autor¹⁴ ainda justifica que:

A relação autoritária entre o que manda e o que obedece, não se assenta nem na razão comum nem no poder do que manda; o que eles possuem em comum é a própria hierarquia, cujo direito e legitimidade ambos reconhecem e na qual ambos têm seu lugar estável predeterminado.

Marcelo Hsiao¹⁵ ainda propõe o seguinte conceito de poder:

Desta maneira, o poder somente existe na proporção em que os homens agem em conjunto e da mesma forma desaparece quando eles se dispersam. Para tanto, o poder é sempre um "potencial de poder", não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força.

Ademais, é interessante a reflexão de que a principal diferença entre o poder e a força é que a limitação do poder é a pluralidade, já a limitação da força está na interação de vários indivíduos e, consequentemente, no poder da maioria. Assim, um homem que possui força, não possui poder, enquanto que um grupo que seja organizado, sempre o possui. Nesta questão, Marcelo Hsiao¹⁶ frisa que: "Com a predominância da violência, sucede-se o reino do terror, que aniquila toda forma de organização; o estado policial de vigilância se impõe muito além dos aparelhos de repressão do Estado: inimigos e amigos passam a ser suspeitos; o poder desaparece."

O autor¹⁷ ainda afirma:

É o poder que mantém a existência da esfera pública, o espaço potencial da aparência entre homens que agem e falam. A própria palavra, como o seu equivalente grego, *dynamis*, e o seu latino, *potentia*, com seus vários derivados modernos, ou o alemão *Macht*, indicam seu caráter de potencialidade. O poder é sempre, como diríamos hoje, um potencial de

14 Ibidem, p.55.

15 Ibidem, p.71.

16 HSIAO, Marcelo. Hannah Arendt - entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 76.

17 Ibidem, p. 134.

poder, não uma entidade imutável, mensurável e confiável como a força. Enquanto a força é a qualidade natural de um indivíduo isolado, o poder passa a existir entre os homens quando eles agem juntos, e desaparece no instante em que eles se dispersam. Devido a esta peculiaridade, que possui em comum com todas as potencialidades que podem ser efetivadas, mas nunca inteiramente materializadas, o poder tem espantoso grau de independência de fatores materiais, sejam estes números ou meios.

A tirania pode ser definida como a tentativa que acaba que sendo frustrada de substituição do poder pela violência. A oclocracia, que seria o governo da multidão, caracteriza-se por seu oposto, pois pode ser definida como a tentativa de substituir o poder pela força¹⁸.

O autor¹⁹ conclui que:

A autoridade, por sua vez, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e funciona mediante um processo de argumentação. A autoridade é suspensa onde há utilização de argumentos. A ordem igualitária é distinta da ordem autoritária, que é sempre hierárquica. Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição á coerção pela força como á persuasão através de argumentos.

Assim, para se ter autoridade não pode ocorrer o emprego da violência, pois só haverá autoridade de forma legítima, quando seus subordinados possuírem liberdade e não agirem mediante o emprego de ameaça ou outras formas de coerção.

2. Nova lei do abuso de autoridade

Desde a origem da formação do poder e da autoridade, verifica-se um exercício abusivo de poder por aqueles que o possuem, como é o caso dos agentes públicos que, muitas vezes, se desvinculam do seu principal objetivo e função, que é resguardar o interesse público.

Dessa forma, tanto a doutrina, quanto a lei exigem o

18 Ibidem, p.138.

19 Ibidem, p.214.

atendimento do elemento finalidade pública, como condição de validade intrínseca de todos os atos administrativos. Assim, mesmo os chamados atos políticos são motivos de questionamento doutrinário e jurisprudencial, ainda que de forma minoritária, defendendo a possibilidade de anulação dos mesmos, quando a sua prática ocorrer de forma contrária aos chamados mandados constitucionais anticorrupção, dentre os quais, deve-se destacar os princípios constitucionais²⁰.

Em consonância, acrescenta-se:

Percebe-se que, desde sempre, há claro conflito entre os direitos dos cidadãos e os arbítrios e excessos de agentes estatais, de tal modo a justificar a edição de norma que pune tais agentes em todos os âmbitos cabíveis, trazendo inclusive a seara criminal, em demonstração de que, em tais casos, sua gravidade é tal que suplanta o princípio da subsidiariedade que rege as normas penais.²¹

Ressalta-se que o agir arbitrário é aquele que não encontra autorização em qualquer norma legal, sendo diferente, portanto, do abuso de autoridade ou abuso de poder, pois nele há um poder discricionário concedido ao funcionário que o excede ou desvia sua finalidade²². Portanto:

O abuso de poder ocorre tanto por ação como por omissão, tendo lembrado Hely Lopes Meirelles que ambas as formas - comissiva e omissiva - são capazes de afrontar a lei e causar lesão a direito individual do administrado, asseverando também que “A inércia da autoridade administrativa - observou Caio Tácito (anota o saudoso administrativista) deixando de executar determinada prestação de serviço a que por lei está obrigada, lesa o patrimônio jurídico individual. É forma omissiva de abuso de poder, quer o ato seja doloso ou culposo.”²³

20 PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Nova Lei do abuso de autoridade: análise comparativa e crítica. 1ª ed. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2020, p.9-10.

21 GORGA, Maria Luiza. Os abusos e as violências do estado contra o indivíduo: conceituação, presente e futuro. In Revista Liberdades, Edição nº 26 julho/dez. 2018, p.134.

22 Ibidem, p.132.

23 LAZZARINI, Álvaro. Abuso de poder x Poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 25-39, jan. 1996, p.03.

Sobre o necessário controle que deve ser feito sobre o abuso de autoridade, destaca Álvaro Lazzarini²⁴:

Convertendo-se, porém, em arbítrio, em arbitrariedade, em abuso de poder, em abuso de autoridade, quer por excesso de poder quer por desvio de finalidade, o ato de polícia há de ser controlado, pelos mecanismos que o ordenamento jurídico pátria prevê, sob pena de outro arbítrio, arbitrariedade, abuso de poder ou abuso de autoridade, como se queira denominar, ser praticado por quem deva apurar o fato constitutivo do abuso.

Quanto ao controle sobre o abuso de autoridade, surgiu a Lei nº 4.898, de 1965, que foi editada durante o período da ditadura militar e, atualmente, está defasada. Desde o início recebeu críticas por voltar-se à proteção de autoridades que cometessem abuso, mediante a cominação de penas inferiores às aquelas relacionadas aos fatos análogos praticados por particulares.

Destarte, a Lei nº 13.869/2019, também conhecida como nova Lei de abuso de autoridade, definiu os crimes que a compõem e alterou esse estado de coisas, o qual viola os princípios da proporcionalidade e da igualdade, trazendo uma definição mais objetiva dos crimes considerados como abusos e estabelecendo penas mais proporcionais a eles.

Em seu artigo 1^a, ela destacou quem pode cometer os crimes de abuso de autoridade, bem como esclareceu que para a sua configuração é necessário abuso do poder que lhe tenha sido atribuído, vejamos o disposto abaixo:

Artigo 1^a Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído. § 1^a As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.²⁵

24 Ibidem, p.07.

25 BRASIL. Lei Nº 13.869 de 05 de Setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)

A nova Lei de abuso de autoridade ampliou as condutas descritas como abusivas na legislação anterior, abrangendo, ainda, os servidores públicos e autoridades tanto civis, quanto militares, sejam elas do poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. Para além disso, abarcou os membros do Ministério Público federais e estaduais.

Desta forma, verifica-se que a Lei introduz alguns elementos subjetivos que se mostram necessários para configurar o injusto do fato, destacando-se: as intenções especiais consistentes na finalidade de prejudicar outrem ou de beneficiar a si mesmo ou a terceiro; estado psíquico de mero capricho ou de satisfação pessoal como motivos determinantes para a configuração do injusto do fato.

Nas palavras de Juarez Cirino dos Santos²⁶:

Esses elementos subjetivos especiais ou estados psíquicos especiais do tipo de injusto (antes definidos como dolo específico) são essenciais para configurar todo e qualquer crime definido como abuso de autoridade - e, assim, a sua existência subjetiva deve ser demonstrada em cada crime de abuso de autoridade, ao lado do dolo como elemento subjetivo geral, responsável pela produção da ação típica. Mas existem diferenças que distinguem as várias situações psíquicas indicadas na lei.

Outro ponto de destaque na nova Lei é a disposição do mero capricho ou satisfação pessoal, que por serem estados psíquicos inerentes aos indivíduos, a configuração é um dos pontos que ainda gera mais controvérsia na aplicação prática da Lei. Desta forma, temos que:

Segundo, o mero capricho ou satisfação pessoal são estados psíquicos ou tendências psíquicas especiais definíveis como motivos do agente, de natureza emocional ou afetiva, cuja existência real também se exaure no âmbito da subjetividade do autor, igualmente sem necessidade de realização no mundo exterior: o prazer sádico, o sentimento de vingança, o desejo de humilhação, a exposição ao ridículo e outras situações psíquicas emocionais ou afetivas, definíveis como capricho ou satisfação pessoal, devem existir como a força

26 SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da Autoridade?. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 328, mar/2020, p.20.

impulsiva da ação, independente de sua realização no mundo real²⁷.

Assim, por se exaurirem no âmbito da subjetividade do autor, suas configurações acabam sendo nas hipóteses em que as condutas dos agentes não forem configuradas com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou seja, por exclusão. Uma das principais mudanças trazidas pela nova Lei de abuso de autoridade diz respeito ao sujeito ativo, que passou a ter um rol bem mais extensivo do que na antiga Lei de 1965.

Nota-se que os crimes de abuso de autoridade são próprios, pois exigem uma qualidade especial do agente. No caso de ser agente público, como definido pelo artigo 2^a da supracitada Lei, é imprescindível que o autor do fato tenha o poder de mando concreto, no que diz respeito à prerrogativa que alegou ter, sob pena da conduta ser considerada atípica²⁸.

Portanto, resta claro que para a configuração da Lei nº 13.869/19, ou a chamada nova Lei de abuso de autoridade, deve-se demonstrar os requisitos necessários que foram expostos logo em seu Artigo 1^a. Para além disso, os crimes configurados por ela são próprios, ou seja, não são todos os indivíduos que podem ser imputados por estes.

Considerações finais

No decorrer deste trabalho foi analisada a origem do poder e da autoridade, compreendendo que abusos por parte de quem o possuem ocorrem desde sempre, ressaltando a importância de mecanismos de controle perante este fato. Neste contexto, o presente artigo destacou a análise da Lei de abuso de autoridade.

A nova Lei substituiu a anterior, que apesar de estar positivada no ordenamento jurídico brasileiro não apresentava o rigor e a

27 Ibidem.

28 Ibidem.

eficácia que se pretendia na prática. Partindo desta premissa, a nova Lei de Abuso de Autoridade traz um viés muito mais protecionista dos direitos fundamentais dos indivíduos e propõe maior rigor no combate aos abusos por parte dos agentes públicos.

Desta forma, a nova legislação apesar de ter sido alvo de inúmeras críticas, oferece uma nova chance à sociedade brasileira de ter suas garantias fundamentais respeitadas em um processo criminal, o que é de extrema relevância social.

Referências bibliográficas.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 05 de Agosto de 2020.

BRASIL. Lei Nº 4.898 de 9 de Dezembro de 1965. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4898.htm> Acesso em 04 de Agosto de 2020.

BRASIL. Lei Nº 13.869 de 05 de Setembro de 2019. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm> Acesso em 05 de Agosto de 2020.

DALLARI, Adilson Abreu. Formalismo e abuso de poder. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 16, outubro/novembro/dezembro, 2008. ISSN 1981-187X. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=303>> Acesso em 02 de Agosto de 2020.

FERREIRINHA, Isabella Maria Nunes; RAITZ, Tânia Regina. As

relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. In Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro 44 (2): 367-83, mar./abr 2010. Disponível em: < <https://www.scielo.br/pdf/rap/v44n2/08.pdf>> Acesso em 10 de agosto de 2020.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do poder. Org. e trad. de Roberto Machado, 13ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

GORGA, Maria Luiza. Os abusos e as violências do estado contra o indivíduo: conceituação, presente e futuro. In Revista Liberdades, Edição nº 26 julho/dez. 2018. Disponível em: <<https://arquivo.ibccrim.org.br/docs/2018/liberdades26.pdf>> Acesso em 05 de Agosto de 2020.

GRECO, Rogerio; CUNHA, Rogerio Sanchez. Abuso de autoridade - Lei 13.869/2019 comentada artigo por artigo, 2ª ed. Juspodivm, 2020.

HSIAO, Marcelo. Hannah Arendt - entre o passado e o futuro da política e do direito: autoridade, legitimidade, violência e poder. 2007. 230 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7550>> Acesso em 05 de agosto de 2020.

LAZZARINI, Álvaro. Abuso de poder x Poder de polícia. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 203, p. 25-39, jan. 1996. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46688>>. Acesso em: 05 de Agosto de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. Nova Lei de Abuso de Autoridade, 1ª ed. Juspodivm, 2020.

MARQUES, Gabriela; MARQUES, Ivan. A nova Lei de Abuso de Autoridade - Lei 13869/2019 comentada por este artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019

PERISSINOTTO, Renato M. Hannah Arendt, poder e a crítica da “tradição”. In Revista Lua Nova, São Paulo, n. 61, p. 115-138, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_

arttext&pid=S010264452004000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 15 de agosto de 2020.

PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. Nova Lei do abuso de autoridade: análise comparativa e crítica. 1ª ed. Leme, SP: Editora JH Mizuno, 2020.

SAMPAIO, Simone Sobral; RODRIGUES, Filipe Wingeter. Ética e Sigilo profissional. Serv. Soc. Soc. [online], São Paulo, n.117, p.84-93, jan/mar de 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010166282014000100006&lng=en&nrm=iso> Acesso em 04 de Agosto de 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Lei de abuso de poder ou de proteção da Autoridade?. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 328, mar/2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/36/243>> Acesso em 04 de Agosto de 2020.

Superpoderes das bigtechs e as práticas anticoncorrenciais

Bigtech superpower and anti-competitive practices

Jamile Nazaré Duarte Moreno Jarude¹

Sumário: 1. Introdução; 2. Repensar, reformular e readaptar o papel do Estado diante da complexidade da sociedade moderna; 3. Táticas velhas para impedir a concorrência em uma nova ordem econômica baseada em inovações tecnológicas; 3. Considerações Finais; Referências.

Resumo: Este artigo tem como objetivo de estudo avaliar as práticas anticompetitivas praticadas pelas grandes, aliás, gigantes da tecnologia, que precisam ser cuidadosamente analisadas, com a devida atenção aos detalhes que estão nas entrelinhas dos negócios por elas exercidas no mercado global. Condutas anticompetitivas que elevam o poder econômico tem sido objetivo de investigações das agências reguladoras, notadamente daquelas empresas que utilizam dados dos usuários para análise com inteligência artificial, dotando-as de superpoderes. A eventual detecção de falhas, problemas e/ou fraudes merecem não apenas a sanção adequada, mas igualmente estudos aprofundados que permitam a elaboração de propostas de soluções, quiçá regulação do mercado das Big Techs, dominantes em suas áreas de serviços e produtos, notadamente as empresas Google, Amazon, Facebook e Apple, conhecidas como “GAFA”. A transformação pela qual a sociedade vem passando no século XXI exige novos olhares para interpretar a complexidade das relações mercantis com o fôlego da teoria social de Niklas Luhmann, utilizado como matriz epistemológica. Para a investigação foi realizada com o método de abordagem dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica. A concorrência predatória das Big Techs se apresenta, portanto, carente de regulação, colocando em risco não apenas o mercado, mas a sociedade, transformada em dados para essas empresas e analisadas por meio de inteligência artificial.

¹ Jamile Nazaré Duarte Moreno Jarude, doutoranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de Marília – PPGD/UNIMAR, Brasil. E-mail: jamilejarude@yahoo.com.br

Palavras-chave: Anticompetitividade; Big Techs; Superpoder; Regulação.

Abstract: This article aims to study the anticompetitive practices practiced by the great, indeed, giants of technology, which need to be carefully analyzed, with due attention to the details that lie between the lines of business they exercise in the global market. Anti-competitive behaviors that increase economic power have been the objective of investigations by regulatory agencies, notably those companies that use user data for analysis with artificial intelligence, endowing them with superpowers. The eventual detection of failures, problems and / or frauds deserve not only the appropriate sanction, but also in-depth studies that allow the elaboration of solutions proposals, perhaps regulation of the Big Techs market, dominant in their areas of services and products, notably the companies Google, Amazon, Facebook and Apple, known as “GAFA”. The transformation that society has been going through in the 21st century requires new perspectives to interpret the complexity of commercial relations with the breath of Niklas Luhmann’s social theory, used as an epistemological matrix. For the investigation it was carried out with the deductive approach method, through bibliographic research. The predatory competition of the Big Techs is, therefore, in need of regulation, putting at risk not only the market, but society, transformed into data for these companies and analyzed through artificial intelligence.

Keywords: Anticompetitiveness; Big Techs; Superpower; Regulation.

1. Introdução

A constituição de monopólio não é uma novidade e sequer será extinto, faz parte do jogo comercial. No entanto, atentar contra o livre mercado com a prática do monopólio, após a sua constatação, deve ser tratado com o remédio na dosagem certa, sob pena de intervenção estatal indevida, sufocando a atividade empresarial, desestruturando o mercado.

A nova ordem econômica que está se constituindo no século XXI se erige por meio do crescimento das empresas que ofertam

inovações tecnológicas, notadamente com o uso exponencial de dados, que cada vez mais são produzidos e armazenados aos montes, destacando-se no mercado aquelas que se empenham nesse novo mercado, com ênfase às plataformas digitais. O acesso aos dados de inúmeros comerciantes e consumidores abre o caminho para que essas grandes empresas de tecnologia consigam trabalhar de uma forma diferenciada, pois que são conhecedoras dos produtos/serviços e preços transacionados, conseguem categorizar e, daí em diante, manipular suas próprias plataformas digitais para atrair o público para o seu comércio, beneficiando marcas próprias ou empresas que melhor lhes remunerem.

Sabendo-se, de antemão, que os usuários caminham em um terreno sem indicações claras de rotas, com uma espessa neblina a tornar a caminhada mais duvidosa e incerta, as empresas que compõem o “GAFA” (Google, Amazon, Facebook e Apple) se aproveitam dessa circunstância para transformar seu mercado mais instigante, com o adendo da desinformação. Essa desinformação pode ser analisada por diversos espectros, como por exemplo, a falta de transparência sobre como seus algoritmos analisam diversos dados dos usuários e até dos não usuários; como suas inteligências artificiais atuam para dominar o mercado; como são e quais são os dados coletados por estas empresas; entre outros.

Assim, a problemática a que se pretende resolver é, afinal, quem são seus competidores reais quando cada uma das empresas acima citadas atua em mercados distintos, dos quais dominam? Na ausência de concorrência, como apurar a qualidade e confiabilidade dos produtos e serviços que são por elas oferecidas?

Não é o caso de se atirar a primeira pedra, mas necessário se faz uma releitura das leis antitrustes ou mesmo a criação de legislação aplicável à nova dinâmica do mercado contemporâneo, fundado e praticado integralmente em plataformas digitais, por meio de um arcabouço legal com aplicação transnacional com fins de regular as atividades das Big Techs e proteger os direitos dos

cidadãos.

2. Repensar, reformular e readaptar o papel do Estado diante da complexidade da sociedade moderna

O livre mercado não é tão livre, há uma atuação estatal que regula a atividade mercantil. Monopólio não é errado, mas o abuso dessa circunstância para evitar que novos concorrentes surjam, é. Assim, leis e agências reguladoras foram criadas em diversos países como forma de proteção à livre concorrência, impedindo ou amenizando as anomalias de mercado, acarretando benefícios também à sociedade e ao Estado.

A crescente complexidade do mercado que atua com inovações tecnológicas, notadamente com uso maciço de dados, cria dificuldades para a normatização de controle e regulação sem escancarar uma postura dirigista e intervencionista do Estado e seus impulsos controladores. Corrigir as deficiências do mercado para permitir o crescimento econômico e garantir a propriedade e contratos faz parte dessa complexidade, oriunda de pressões socioeconômicas, formando um cenário de difícil gestão para o Estado sem comprometer sua capacidade e legitimidade de intervenção.

Partindo-se da investigação teórica de Luhmann, em que os conceitos utilizados na vida diária são insuficientes para compreender os fatos cientificamente, tem-se que o ponto de partida é vislumbrar a sociedade moderna como complexa e com diferenciações funcionais de subsistemas, como economia, política, ciência, direito, educação etc². Então, Luhmann ensina:

A evolução não é uma gradação paulatina, contínua e ininterrupta da complexidade, mas um modo de mudanças estruturais inteiramente compatíveis com convulsões bruscas (“catástrofes”) e amplos períodos de estancamento (“stasis”). É evidente que, para que de súbito haja uma nova formação, devem ser satisfeitas inúmeras condições: avanços

2 LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ePUB, p.269.

preadaptativos. Isso vale também para a possibilidade de um sistema jurídico se estabelecer em um nível de observação de segunda ordem, possibilidade que surge da experiência já de longa data na arbitragem de conflitos normativos, pelo que se lança mão da codificação lícito/ilícito”.³

Assevera Lopes, ao tratar da função e importância do Direito em disponibilizar à sociedade estruturas normativas congruentes e generalizáveis, cabendo aos sistemas orientar a sociedade (função), ter performance (orientar outros subsistemas) e reflexão (orientar a ele mesmo), que:

Ao Direito, como sistema regulador abrangente de toda a sociedade, referindo-se ao mundo da vida, ao sistema econômico e ao poder político-burocrático, cabem operações reflexivas que abranjam não apenas a sua função e performance, mas também a de outros sistemas, numa configuração coordenadora para preservação da integração social. É isso que se pode chamar de Estado Regulador, em que o poder político burocrático assume a configuração de um “sistema administrativo protegido diante de partidos e do público”, configurando um planejamento compreensivo e apresentando-se como “uma autoridade responsável pela expansão do horizonte de possibilidades”, em que se fundem ciência e administração e que se vale de um direito como meio sobrecarregado por estabilizações cognitivas e imperativos pragmáticos.⁴

Ou seja, para o novo contexto, o velho Estado deve se adaptar, com a simbiose entre a natureza jurídica e política. As condutas comerciais praticadas pelas empresas que compõem o GAFA são objetos de investigações e estudos tanto nos Estados Unidos da América quanto na União Europeia para a elaboração de leis e regulamentações das Big Techs e o uso de algoritmos com os cidadãos, tido como o grande diferencial do poder imenso que as empresas de tecnologia detêm.

Os dados, inclusive referentes às emoções das pessoas, detalhes físicos e informações sensíveis são analisados acuradamente pelos algoritmos, que prontamente ofertam resultados precisos de quando os usuários estão mais propensos a

3 Op. cit., p.272

4 LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p.113.

comprar determinados produtos, adquirir serviços ou mesmo marcar um encontro amoroso. É poder demais. E Luhmann propõe que o sistema não é uno, mas resultados da soma de partes diferentes, com sistemas autopoieticos, autorreferentes e operacionalmente fechados⁵. Como esclarecem Rodrigues e Neves:

A teoria de Luhmann concede uma importância decisiva ao ser humano, mas não nas formas das concepções clássicas de que o homem é um simples componente da sociedade. Os seres humanos, sistemas autorreferentes, que têm na consciência e na linguagem seu próprio modo de operação autopoietico, são o entorno (“ambiente”) da sociedade, não componentes da mesma. A sociedade supõe homens, mas como seu “ambiente”.⁶

Vivenciando-se uma era informacional, a complexidade da realidade social exige uma análise com astúcia, como um sistema que se auto-observa e conceituações que utilizem a transdisciplinaridade.

3. Táticas velhas para impedir a concorrência em uma nova ordem econômica baseada em inovações tecnológicas

Uma forma de impedir a concorrência é comprar as empresas entrantes no mercado que apresentam potencial de risco à dominância e manutenção do monopólio. Assim fez o Google, adquirindo um ecossistema operacional para o Android, comprando a Motorola Mobility, sendo que ao comprar aparelhos desta marca, naturalmente todos os sistemas estão vinculados ao Google. Adquiriu também a empresa Nest Labs, que oferta serviços de internet das coisas (IoT); assim como a DoubleClick, empresa especializada em anúncio online, que atualmente garante os maiores lucros da empresa. O Google também fez a aquisição do Youtube, que dispensa delongas sobre esta plataforma digital em razão de sua notória influência no mercado. Ao comprar a

5 LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ePUB, p.50.

6 RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. A sociologia de Niklas Luhmann. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p.10.

startup Waze, aliada às ferramentas do Google Maps, foi além de mero mapeamento de dados de tráfego e se tornou uma ferramenta indispensável para locomoção para milhões de usuários.

Quanto à Amazon, é uma plataforma de comércio eletrônico que utiliza tecnologia avançada, além de disponibilizar pontos físicos para coleta e distribuição das mercadorias transacionadas em sua plataforma. No entanto, ao verificar que há segmentos que vendem mais que sua marca própria, a Amazon compra sua concorrente. Afinal, é de fácil aferição o quantitativo de vendas dos vendedores independentes e a análise de crescimento destes.

O Facebook, comprando o Instagram e o WhtasApp de forma agressiva, impediu que estes últimos aplicativos concorressem com o Facebook. Aquilo que não pôde comprar, copiou os serviços e utiliza sua supremacia tecnológica para derrubar as concorrentes; a Apple, por sua vez, impõe altas taxas para que aplicativos sejam disponibilizadas em sua loja virtual.

Essa é a pauta da audiência realizada pelo Comitê Judiciário da Câmara dos Estados Unidos da América⁷ para apurar condutas anticoncorrenciais do GAFA. A União Europeia, na tentativa de impedir o surgimento de empresas dominantes e anticoncorrenciais, lança seu Digital Markets Act⁸, com previsão de multas para quem não cumprir a legislação e a obrigatoriedade de comunicar previamente os planos de aquisições de outras empresas. O Digital Markets Act ainda está pendente de aprovação pelos países da União Europeia e pelos parlamentares do bloco, sendo consenso a preocupação com o alcance e o impacto das inovações tecnológicas na sociedade.

7 RIBEIRO, Gabriel Francisco; OLIVEIRA, Felipe; TRINDADE, Rodrigo. Briga ideológica e pressão: o que rolou na audiência com chefs de tec. De Tilt, em São Paulo, 29/07/2020, atualizado em 30/07/2020, às 17h40. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/07/29/mundo-precisa-de-grandes-empresas-diz-ceo-da-amazon-antes-de-depor.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

8 COMISSÃO EUROPEIA. Lei dos mercados digitais: garantir mercados digitais equitativos e abertos. 15 de dezembro de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_pt. Acesso em: 27 dez. 2020.

Tais práticas são condutas que evitam que um mercado com livre concorrência se forme e o acúmulo de poder segue sugando as ideias inovadoras que ameaçam seu monopólio. E em comparação aos monopólios constituídos em tempos outrora, após o advento dos pensamentos iluministas e liberais, tem-se que as Big Techs com elas se assemelham, como o caso do petróleo, ferrovias, entre outros magnatas do poder exercido em tons de liberalismo econômico.

O palco mudou, mas os modelos de negócios, hoje praticáveis com base em infinidade de dados, permanecem os mesmos de antigamente, em que os grandes almejam dominar o mercado, criando-se mecanismos para afetar seus concorrentes, afastando ou mesmo eliminando-os, notadamente com alto poder aquisitivo que as Big Techs têm. E o papel do Estado interventor também mudou, pois que a globalização da economia aliada às inovações tecnológicas trouxe um novo contexto, do qual considerar o estudo de novos instrumentos de regulação são necessários. França rememora que:

[...] atividade regulatória, lato sensu, nada mais é do que um conjunto de sofisticadas ações voltado à orientação, determinação, fomento, fiscalização e correição de planos (ou políticas, quando se tratar do Estado) destinados à delimitação da atuação de um sujeito, ou determinado grupo de sujeitos.⁹

Como já asseverado, o novo contexto vivenciado pela sociedade enseja o relacionamento com outras ciências, notadamente a economia e a sociologia. E, por conseguinte, no mundo globalizado do qual nunca mais o antigo voltará a ser experienciado, faz-se necessária a introdução de novos parâmetros de concorrência e de regulação, quiçá com normas supranacionais. Nesse sentido, importante a lição trazida por Sampaio, ao tratar o papel das normas jurídicas na disciplina dos mercados:

Nos ambientes regulados, as normas concorrenciais vivem o

9 FRANÇA, Phillip Gil. Ato administrativo, consequencialismo e compliance. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book Kindle, posição 4873.

aparente paradoxo de, além da sua clássica feição restritiva da liberdade (vedação a determinados acordos e práticas comerciais unilaterais), serem regras de fomento à liberdade de iniciativa (ao garantirem o acesso à infraestrutura essencial, por exemplo). De fato, nesses setores, a inspiração trazida pelo princípio da livre concorrência tem uma função conformadora do próprio mercado; a sua incidência deverá atuar como um limite à ação do regulador, que deverá se abster de criar normas que, de forma desnecessária, limitem a competitividade, criem ou reforcem barreiras à entrada.¹⁰

Sabe-se que os algoritmos da inteligência artificial utilizadas pelas empresas do GAFA são capazes desde compreender o comportamento dos usuários até mesmo substituir humanos em inúmeros tarefas, tanto mecânicas quanto cognitivas. As ferramentas de analytics utilizadas pelas Big Techs que compõem o GAFA, que traçam o perfil dos seus usuários e até dos não usuários, direcionando e sugestionando, ou mesmo determinando tudo o que se vê e lê, se mostra como o grande desafio não apenas dos órgãos regulatórios e fiscalizatórios, mas igualmente da sociedade, ao tornar questionável o modo como essas empresas obtêm lucros.

Russell e Norvig definem inteligência artificial como “o estudo e concepção de agentes inteligentes, onde um agente inteligente é um sistema que percebe seu ambiente e realiza ações que maximizam suas chances de sucesso”.¹¹ A dependência que os indivíduos e as coisas têm da Internet induz o Estado a adotar uma postura governamental ativa quanto aos riscos, à proteção dos cidadãos e o domínio no mercado das poucas empresas que disponibilizam quase a totalidade dos provedores de serviços de tecnologia. Nas palavras de Lopes:

A economia de mercado não subtrai algo do governo. Ao contrário, ela indica, ela constitui o indexador geral sob o qual se deve colocar a regra que vai definir todas as ações governamentais. É necessário governar para o mercado, em vez de governar por causa do mercado. O neoliberalismo não quer apenas abrir um espaço para o mercado. Sua preocupação está em “regular o poder político com base nos

10 SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2013, p.55.

11 RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. Inteligência Artificial. Trad. Regina Célia Smille. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013, p. 7.

princípios de uma economia de mercado. É uma parte de governar referida à economia de mercado e a seus princípios formais, como indexadores”.¹²

A própria economia capitalista cria suas oscilações que empurram o direito a analisar a atual revolução técnico-científica em que as grandes empresas lançam seus tentáculos por toda a face da Terra e até além.

4. Considerações Finais

As novas tecnologias, dentre elas a inteligência artificial, alterou de forma substancial a vida em sociedade e as atividades empresariais, sendo que por trás há uma questão importante: o sistema jurídico atual ou não está preparado ou está pouco preparado para lidar com os novos desafios.

O Direito costuma ser lento em relação à velocidade das transformações, no entanto, isto não significa falta de assistência diante de questões que envolvam a realidade contemporânea da economia digital, em que poucas e grandes empresas tecnologias dominam o mercado, quais sejam Google, Amazon, Facebook e Apple, conhecido como “GAFA”. Para Luhmann, uma auto-organização pressupõe uma unidade sistêmica, de tal sorte que a noção de sistema decorre deste sistema não operar fora dos limites que o constitui, que o diferencia como unidade, sendo assim necessário para a compreensão da complexidade do mundo. Autorreferência, então, é tratar de algo da qual pertence.

As empresas que compõem a Big Techs tiveram um longo período de crescimento exponencial, tornando tudo e todos conectados o tempo todo – ou quase, fazendo-se, muitas vezes, inexorável.

Um novo arcabouço legal deve ser construído, com possibilidade de aplicação transnacional, não apenas para regular as atividades dessas Big Techs no aspecto concorrencial, mas

¹² LOPES, Othon de Azevedo. Fundamentos da regulação. Rio de Janeiro: Processo, 2018, p.136.

igualmente para a busca de proteção social, sem olvidar que a inteligência artificial é o grande desafio do século XXI.

Referências

COMISSÃO EUROPEIA. *Leidos mercados digitais: garantir mercados digitais equitativos e abertos*. 15 de dezembro de 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_pt. Acesso em: 27 dez. 2020.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo, consequencialismo e compliance*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. E-book Kindle.

LOPES, Othon de Azevedo. *Fundamentos da regulação*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. ePUB.

RIBEIRO, Gabriel Francisco; OLIVEIRA, Felipe; TRINDADE, Rodrigo. *Briga ideológica e pressão: o que rolou na audiência com chefs de tec*. De Tilt, em São Paulo, 29/07/2020, atualizado em 30/07/2020, às 17h40. Disponível em: <https://www.uol.com.br/tilt/noticias/redacao/2020/07/29/mundo-precisa-de-grandes-empresas-diz-ceo-da-amazon-antes-de-depor.htm>. Acesso em: 27 dez. 2020.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter. *Inteligência Artificial*. Trad. Regina Célia Smille. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2013.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Regulação e concorrência – a atuação do CADE em setores de infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2013.

Um estudo sobre a competencia do júri na adjudicacao dos contratos públicos em Portugal

A study on the jury's competence in the award of public contracts in Portugal

Greice Kelly dos Santos Silva¹

Samuel Sampaio Evangelista²

Sumário: Introdução. 1 – A competência do júri e sua definição. 1.1 – Competência própria. 1.2 – Competência delegada. 1.3 – Competência indelegável. 2 – A condição da presença do júri no procedimento de adjudicação e suas exceções. 3 – A estrutura e a atividade exercida pelo júri 4 – Natureza jurídica do procedimento 4.1 – Como contestar a atuação do júri dentro do procedimento adjudicatório. 4.2 – Imparcialidade da atuação do júri. 5 – Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo fazer uma reflexão a atuação e desenvolvimento do júri no procedimento de adjudicação nos contratos públicos em Portugal, sob a ótica e perspectiva do Decreto-Lei n.º 111-B/2017, dispositivo legal encarregado pelo Código de Contratos Públicos (CCP), o qual dispôs de aparato jurídico para facilitar, descomplexificar e ainda, tornar menos rígido e mais eficiente os procedimentos dentro da contratação pública portuguesa. De forma simples, o regime jurídico é preparado e incorporado ao processo de adjudicação, com a pretensão e finalidade de empreender e contribuir para melhoria das despesas públicas. A figura do “júri” é classificada como órgão administrativo temporário, assim, sua criação ocorre de forma singular para cada caso em específico, exercendo a tarefa de um autêntico instrutor do

1 Advogada. Assessora Jurídica do Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas. Mestranda em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP), endereço eletrônico: greicekdossantos@yahoo.com.br.

2 Advogado. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Ceará. Mestrando em Direito Público pela Universidade Lusófona do Porto (ULP), endereço eletrônico: samuelsampaio.adv@gmail.com.

procedimento de adjudicação, porém, sua autonomia se limita ao exercício interno, não possuindo poder decisório final. Já as pessoas coletivas, são classificadas como “entidades adjudicantes”, os quais devem seguir à risca os dizeres incorporados no Código de Contratos Públicos (CCP). Em suma, toda e qualquer contratação pública deve ser iniciada após fundamentada a necessidade de tal objeto, além da comprovação da legalidade de todo o seu procedimento.

Palavras-chave: Júri; Código de Contratos Públicos (CCP); contratação pública.

Abstract: This article aims to reflect on the performance and development of the jury in the award procedure in public contracts in Portugal, under the perspective and perspective of Decree-Law No. 111-B / 2017, legal provision in charge of the Contract Code Public Procurement (CCP), which had the legal apparatus to facilitate, de-complex and also make procedures less rigid and more efficient within Portuguese public procurement. In a simple way, the legal regime is prepared and incorporated into the award process, with the intention and purpose of undertaking and contributing to the improvement of public expenditure. The figure of the “jury” is classified as a temporary administrative organ; thus, its creation occurs in a singular way for each specific case, exercising the task of an authentic instructor of the award procedure, however, its autonomy is limited to the internal exercise, not possessed ultimate decision-making power. Legal entities, on the other hand, are classified as “contracting entities”, which must strictly follow the words incorporated in the Public Contracts Code (CCP). In short, any and all public procurement must be initiated after the need for such an object is substantiated, in addition to proof of the legality of its entire procedure.

Keywords: Jury; Public Contracts Code (CCP); public procurement.

Introdução

O Decreto-Lei n.º 111-B/2017 foi à lei responsável pelo Código de Contratos Públicos (CCP), o qual entrou em vigor em janeiro de 2018 com a intenção de facilitar, descomplexificar e ainda,

tornar menos rígido e mais eficiente os procedimentos dentro da contratação pública. Avaliado como uma referência histórica, o CCP transformou o direito administrativo português, em especial na área da atividade contratual, em um modelo jurídico a ser seguido.

Dentro do processo de adjudicação é realizado o regime jurídico, o qual concentra a sua atuação nas despesas públicas, bem como o formato para contratar obras e serviços com a intenção de suprir as necessidades administrativas.

De forma geral, as pessoas coletivas que sejam classificadas como “entidades adjudicantes” são compelidas a cumprir o estabelecido no CCP. Independente do objeto do contrato, os processos da administração pública pré-contratuais só iniciam após a decisão fundamentada de contratar, o qual apenas é formalizado se houver comprovada a necessidade do feito, bem como o reconhecimento do meio, instrumento capaz de concluir tal contratação.

Com a intenção em conduzir o procedimento, foi criado o “júri”, fundamentado no artigo 20, n. 2 do CPA, sendo definido como um órgão administrativo temporário, ou seja, ele é constituído para cada caso concreto, um verdadeiro instrutor do procedimento de adjudicação. Porém, o mesmo não exerce uma função decisória final, sendo apenas um órgão interno.

Esta pesquisa pretende abordar a competência do júri, visto como um órgão ativamente independente, mas que não pertence hierarquicamente ao órgão adjudicante, aplicando-se o princípio da independência funcional.

1. A competência do júri e sua definição

Dentro do procedimento do júri ocorre antes um ciclo de contratação pública, que nada mais é do que a expansão dos processos responsáveis em adquirir bens, serviços ou obras no funcionalismo público. Dito isto, é dentro do processo de preparação

concorrencial que se chega até a figura do júri.

O júri no procedimento de adjudicação é definido como um órgão administrativo temporário³, o qual é estabelecido para cada caso, de acordo com a sua necessidade e de forma ad hoc, sendo responsável de forma geral em conduzir o procedimento⁴, ou seja, os processos de formação de contratos públicos são geridos por um júri.

No sistema de adjudicação o júri é visto como um órgão de exceção, ou seja, um mero órgão interno, pois a este não é dada autonomia para última decisão, além disso, o júri não tem liberdade em decidir questões que exerçam efeitos jurídicos externos. Em suma, ao júri é destinada uma função procedimental, isto é, o júri elabora as decisões de caráter decisório e externo e os repassa para o órgão responsável da entidade adjudicante, sendo a este incumbido a decisão final.

Contudo, o júri não é um órgão de caráter dependente, pelo contrário, ele atua de forma autônoma em relação à entidade adjudicante, não sendo obrigado desta forma a atender ordens, ou orientações sobre como deve agir em razão do andamento procedimental que a ele esteja encarregado.

1.1. Competência própria

As competências próprias do júri são aqueles atos com caráter formal, ou seja, são os atos procedimentais, o qual reproduz uma atividade de preparação de decisões que o órgão adjudicante irá assumir durante o procedimento de adjudicação.

Nos termos do Código de Contratos Públicos (CCP) o júri possui várias atribuições, sejam estas:

a) Publicar a lista dos candidatos ou concorrentes aptos na plataforma eletrônica manuseada pela entidade adjudicante⁵;

3 CF.artigo 20.º, n.º 2, do CPA

4 CF.artigo 67.º, n.º 1, do CPA

5 artigo 177.º, n.º 1 e 138.º, n.º 1, do CPP

b) Analisar e deliberar a respeito de recursos interpostos dentro do prazo de três dias contados da publicitação da lista, além de instituir um novo prazo de apresentação de candidatura e propostas para as reclamações deferidas⁶;

c) Solicitar aos candidatos e aos concorrentes do processo esclarecimentos a respeito dos documentos, da sua autoria apresentados nas propostas⁷, assim como diligenciar no prazo máximo de cinco dias junto aos candidatos que estes solucionem as irregularidades das suas propostas e candidaturas, além de reparar os erros de escrita ou de cálculo contidos nas candidaturas ou propostas⁸;

d) Realizar a apreciação de candidaturas⁹;

e) Realizar a apreciação de propostas¹⁰;

f) Realizar a apreciação de soluções e projetos¹¹;

g) Preparar os relatórios que serão usados para a verificar as candidaturas, propostas e soluções dos projetos¹²;

h) Nos casos de negociação¹³ ou realização de diálogo¹⁴, será competência do júri liderar tais demandas.

O júri possui natureza não vinculativa, e por esse motivo entende-se que as competências acima expostas não são de caráter exclusivo do júri, sendo o órgão adjudicante capaz de exercer também tais atribuições, além de no caso do relatório final do júri poderá a entidade reapreciar as candidaturas ou propostas deferidas pelo júri, claro sempre dentro de limites.

1.2. Competência delegada

6 artigo 177.º, nº 3 e 4, e 138.º, nº 3 e 4, do CPP

7 artigo 183.º, nº1 e 72.º, nº1, do CPP

8 artigo 72.º, nº 3 e 4, do CPP

9 artigo 69.º, nº 1, alínea a, do CPP

10 artigo 69.º, nº 1, alínea b, do CPP

11 artigo 69.º, nº 1, alínea c, do CPP

12 artigo 69.º, nº 1, alínea d, do CPP

13 artigo 118.º, 149º, 201 e 218º C, do CPP

14 artigo 213.º, do CPP

O órgão adjudicante poderá ao júri no ato de sua delegação e no exercício de competências, repassar suas atribuições, ou seja, segundo o artigo 69.º, nº 2 será cabível que o júri exerça as funções através de delegação do órgão que possui competência para deliberar sobre a contratação.

Porém, tal poder advém também de exceções, ou seja, não são todas as competências do órgão adjudicante que podem ser repassadas ao júri através de delegação. Porém, não é necessário que essa delegação venha expressamente demonstrada como forma de repasse de competência ao júri, este a desenvolve naturalmente, isto é, entende-se que quando o júri atua por delegação a mesma é de uma função própria da entidade adjudicante que repassou ao júri esta atividade.

1.3. Competência indelegável ao júri

Nos termos do artigo 69.º, nº 2 existe funções exercidas pelos órgãos adjudicantes que não podem ser transmitidas ao júri. Sejam estas:

a) Autonomia para ajustar as peças que envolvam o procedimento e detenham erros ou omissões¹⁵;

b) Liberdade para julgar erros ou omissões observados pelos interessados e assim dar início a uma eventual retificação das peças do procedimento. Ou seja, o órgão adjudicante deve assumir as responsabilidades de decisões inerentes a erros e omissões contidas nas peças do procedimento;

c) Aptidão para deliberar a respeito das qualificações dos candidatos que foram submetidos ao procedimento de adjudicação, além de notifica-los a respeito da decisão tomada¹⁶;

d) Atribuição para realizar a decisão final de adjudicação, ou seja, a de contratar¹⁷;

15 CF. artigo 50.º nº 5, alínea b, e arts 6 e 7 do CPP.

16 CF. artigo 187.º e 188º 5 do CPP.

17 CF. artigo 124.º nº 4 e 148º nº 4 do CPP.

e) Tomar a decisão relativa a propostas ou os concorrentes que irão para a fase de negociação, bem como deliberar sobre a aprovação das propostas contidas no relatório final do júri¹⁸. Segundo Pedro Costa Gonçalves o CPP não prevê esta competência como indelegável, mas para o citado autor, é sim uma competência exclusiva da Entidade Adjudicante¹⁹;

f) Tomar uma decisão sobre o a negativa em relevar o impedimento daquele concorrente que não supri as exigências²⁰;

g) Deliberar em todos os aspectos sobre as decisões a serem tomadas antes da entrada de funções do júri ou quando as mesmas se encerrarem.

2. A condição da presença do júri no procedimento de adjudicação e suas exceções

Incluído no procedimento da adjudicação como uma espécie de órgão administrativo responsável em conduzir o sistema de formação de contratos da administração pública, em regra, o júri é obrigatório. Porém, são reconhecidas três exceções:

A primeira delas é conhecida como o procedimento de ajuste direito e está legalmente prevista no artigo 67.º, nº 1 do CCP, e ocorre em situações em que apenas uma entidade é convidada para participar do procedimento de contratação, logo, somente uma proposta será exibida. Desta maneira, o caráter operacional do júri se faz desnecessário, uma vez que suas demandas pontuais são dispensadas.

Uma segunda exceção refere-se ao artigo 67.º, nº 3 do CCP, mas não possui previsão legal, tendo seu fundamento previsão em decisões do órgão adjudicante, os quais sejam: a consulta prévia e o concurso público urgente. Nessas situações o órgão adjudicante tem autonomia para estabelecer que os procedimentos

18 CF. artigo 148.º nº 4 e 149º nº 2 do CPP.

19 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 396, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

20 CF. artigo 55.º-A nº 3 do CPP.

de contratação sejam geridos pelos serviços da própria entidade adjudicante, dispensando assim a constituição de um júri. Tal finalidade é no sentido de tornar mais célere o procedimento, sem ter que constituir um órgão específico para tratar do andamento procedimental, principalmente no caso do concurso público de urgência, pois como o nome já diz há uma urgência na concretização do processo.

Em terceiro lugar, há uma exceção que afeta o âmbito geral de contratação, a dispensa do júri em processos com uma única proposta apresentada, conforme determina o artigo 67.º, nº 1 do CCP. Nessas situações o júri é liberado quando já ocorreu o prazo de apresentação de propostas, ou seja, dentro dos tramites do procedimento, sendo o júri sucedido pelos serviços da própria entidade que quer realizar o processo de contratação.

3. A estrutura e a atividade exercida pelo júri

Segundo o artigo 67º nº 1 do CCP o júri possui uma composição pré-estabelecida, ou seja, a própria lei deixou claro que será um órgão múltiplo, integrado por um mínimo de três membros efetivos, um deles o presidente e os demais inseridos como suplentes, sendo de responsabilidade do órgão adjudicante esta intitulação.

De forma fundamentada o Código de Contratos Públicos dispõe da possibilidade de titulares dos órgãos adjudicantes serem nomeados como membros do júri. Tal suposição traz consequências, isto é, aquele que tenha integrado o júri e seja também titular do órgão adjudicante fica impossibilitado de influenciar efetivamente as decisões a respeito das propostas estabelecidas pelo júri, ou seja, a ideia é impedir que um funcionário tenha autonomia para decidir sobre uma proposta formulada por um órgão que esteja já faça parte.

Condições relativas ao perfil do júri, como por exemplo, aptidão técnica ou habilidades específicas não foram trazidas pelo Código

de Contratos Públicos como caráter impositivo, diferentemente de outros países, como a Itália, que o seu Codicedeocontrattipubblici estipula que os membros representados pela “comissione giudicatrice” deverão por força da lei ser peritos apontados pelos peritos que já estejam inscritos.

Nos termos do entendimento retirado do artigo 68º do CCP o júri é visivelmente reconhecido como um órgão administrativo, além disso, como entende Pedro Costa Gonçalves também é de fato um “órgão colegial perfeito”, ou seja, para que ocorra o exercício do seu funcionamento é necessário que em reunião o número de membros presentes corresponda ao mesmo número de membros efetivos.²¹ Além disso, a lei também estabelece essa exigência em seu artigo 68º nº 2 ²². Ademais, a lei ainda estipula que as decisões a serem tomadas pelo júri devem vir sempre acompanhadas com fundamentação, sendo estas decididas por maioria de votos, não sendo permitida a abstenção²³, e aqueles votos de discordância devem ser devidamente anotados em ata, o qual explicará o motivo da divergência ²⁴.

É possível que através da aprovação do dirigente máximo o júri tenha um secretário²⁵, que será intitulado dentre o pessoal da entidade adjudicante, além disso, esta entidade poderá a pedido do júri indicar peritos ou consultores para auxiliar o andamento das tarefas, porém, apesar de participarem das reuniões estas pessoas

21 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 391, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

22 Artigo 68.º Funcionamento – 2: O júri só pode funcionar quando o número de membros presentes na reunião corresponda ao número de membros efetivos.

23 Artigo 68.º Funcionamento – 3: As deliberações do júri, que devem ser sempre fundamentadas, são tomadas por maioria de votos, não sendo admitida a abstenção.

24 Artigo 68.º Funcionamento – 4: Nas deliberações em que haja voto de vencido de algum membro do júri, devem constar da ata as razões da sua discordância.

25 Artigo 68.º Funcionamento – 5: O júri pode designar um secretário de entre o pessoal dos serviços da entidade adjudicante, com a aprovação do respetivo dirigente máximo.

indicadas não terão jus a voto²⁶.

Em relação à finalização da função do júri junto ao procedimento a lei não estabelece o momento certo em que se encerra a sua atuação, mas em termos práticos após o envio do relatório por parte do júri ao órgão adjudicante, ali terminam suas atuações, não podendo mais realizar nenhuma diligência. Ocorre que, caso o júri seja chamado pelo órgão para esclarecer qualquer questionamento, ou ainda repetir algum procedimento, entende-se que sua atuação não finalizou com o simples envio do relatório final, logo, apenas com a decisão de adjudicação por parte da entidade é que se encerra definitivamente a atuação do júri naquele procedimento²⁷.

4. Natureza jurídica do procedimento

A atuação do júri como já visto é de caráter meramente interna, ou seja, os efeitos advindos do exercício das atividades desempenhadas produzem impactos dentro do procedimento de adjudicação em andamento. Assim o júri, conforme ensina Pedro Costa Gonçalves, exerce uma competência com efeitos procedimentais²⁸.

Dentre suas funções, o relatório final sem dúvida é uma providência tida como fundamental de suas atividades, pois descreve todo o trabalho de instrução que foi desenvolvido. É através do relatório final que o júri pode destacar a ordenação e exclusão de propostas, de acordo com cada caso concreto.

O relatório final do júri está embasado no artigo 126 do CPA e

26 Artigo 68.º Funcionamento – 6: Quando o considerar conveniente, o órgão competente para a decisão de contratar pode designar peritos ou consultores para apoiarem o júri do procedimento no exercício das suas funções, podendo aqueles participar, sem direito de voto, nas reuniões do júri.

27 Artigo 68.º Funcionamento – 6: Quando o considerar conveniente, o órgão competente para a decisão de contratar pode designar peritos ou consultores para apoiarem o júri do procedimento no exercício das suas funções, podendo aqueles participar, sem direito de voto, nas reuniões do júri.

28 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 392, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

traduz um resumo da trajetória do procedimento de adjudicação e nele se propõe uma decisão. Assim, o relatório é ao mesmo tempo obrigatório e não vinculativo, ou seja, quando uma decisão final é tomada pelo Órgão Adjudicante ela não pode ser assim feita sem o relatório do júri, porém, este mesmo órgão em algumas situações pode tomar decisões diferentes do que indica o relatório como proposta, deixando claro o seu efeito não vinculativo e obrigatório.

O efeito não vinculativo do relatório final extraído da atividade do júri é legalmente previsto Código de Contratos Públicos, especificamente em seus artigos 124º nº 4, 148º nº 4 e 186º nº 4.

É facultativo ao órgão adjudicante aceitar ou rejeitar todas ou algumas propostas contidas no relatório do júri. Isto posto, é importante esclarecer como seria o procedimento do órgão em situações de rejeição do relatório, a primeira alternativa é fazer a devolução do relatório ao júri para que este então possa reparar os vícios ali identificados, excluindo os casos em que o erro é proveniente de cálculos ou erros de escrita manifestos, o qual a correção deve ser feita pelo órgão adjudicante. Além disso, temos ainda a possibilidade de o órgão adjudicante discordar de forma unilateral do relatório, ou seja, acreditar que o júri tenha desenvolvido um juízo de valor ou atuado de forma discricionária. Diante disso, o órgão adjudicante revisa o relatório por entender que a discricionariedade em apreciar ou avaliar de forma final o procedimento é unicamente dele próprio.

4.1 Como contestar a atuação do júri dentro do procedimento adjudicatório

Em termos legais a atuação do júri poderá ser questionada mediante o próprio júri, através de uma impugnação, ou ainda, por intermédio de um recurso administrativo impetrado diretamente no órgão adjudicante. O objeto a ser suscitado no recurso administrativo terá como intervenção os atos do júri, ditos como

próprios, dentro de suas competências, sendo estes atos incapazes de gerar impugnação judicial, uma vez que são atos desenvolvidos apenas internamente.

Neste sentido, os Tribunais Portugueses já decidiram, vejamos:

Cf. Acórdão do TCAS de 04/10/2012 – Processo: 09000/12: “os juízos de valorizações configurados pela proposta do júri não assumem a natureza de definição da posição jurídica procedimental das candidaturas ou propostas, e por isso, não são atos impugnáveis”. No sentido de que os relatórios do júri não são suscetíveis de impugnação, por se tratar de “documentos internos” que relevam nas relações entre o júri e a entidade adjudicante, cf. Acórdão do TCAS de 21/04/2016, Processo 12034/16²⁹.

Segundo Pedro Costa Gonçalves, quando a atuação do júri for externa, ou seja, gerar efeitos diretos e imediatos, como por exemplo, uma deliberação a respeito da não integração de concorrentes na lista de candidatos, a norma da insuscetibilidade de impugnação judicial não será aplicada³⁰.

4.2 Imparcialidade da atuação do júri

Foi trazida pelo legislador no anexo XIII ao CCP uma declaração de inexistência de conflitos de interesses, tal documento com a revisão do código em 2017 passou a ser exigido a sua subscrição por parte dos membros do júri, bem como todos os intervenientes que integrasse o processo de avaliação de propostas. A função desse documento é esclarecer que não há por ventura naquele procedimento quaisquer interesses voltados para propósitos particulares envolvendo os atos ali praticados, senão o único e exclusivo benefício público.

A intenção do legislador ao criar a declaração ficou clara, ou seja, o grupo que compõe todo o corpo do júri fica submetido a afirmar a ausência de interesses pessoais em todo o decorrer do

29 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 399, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

30 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 400, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

procedimento de adjudicação, vejamos:

O Anexo XIII exige que o autor declare “não estar abrangido, na presente datam por quaisquer conflitos de interesses relacionados com o objetivo ou com os participantes no procedimento em causa” e ainda que, se “durante o procedimento de formação do contrato tiver conhecimento da participação nele de operadores económicos relativamente aos quais possa existir um conflito de interesses, disso dará imediato conhecimento ao órgão competente da entidade adjudicante, para efeitos de impedimento ou escusa de participação no procedimento, nos termos do disposto nos artigos 45 a 50 do Código de Procedimento Administrativo”

31.

O desempenho do júri em todo o procedimento de adjudicação deve ser transparente, sem margem para suposições duvidosas de sua atuação. O júri tem caráter ad hoc, e caso ocorra algum desvio de função por parte de algum membro, este deve ser substituído, para que não haja hesitação sobre a execução legal do procedimento.

5. Considerações finais

Pode-se afirmar que o Código dos Contratos Públicos é uma norma legal responsável em regularizar dois assuntos de grande importância para o direito público português, sejam estas a construção e a aplicação de contratos públicos, isto é, em um primeiro momento aborda o formato em que os contratos públicos devem ser celebrados, instituindo os preceitos que dão origem a um contrato público, e, em segundo momento, condiciona as regras primordiais da execução do contrato.

A ideia desse trabalho foi abordar o papel do júri dentro do procedimento de adjudicação, e assim o fez, chegando à conclusão de que a contratação pública tem como viés a orientação para procedimentos mais rígidos em comparação com a contratação por parte do setor privado.

Dentro da contratação pública há uma fase procedimental

31 GONÇALVES, Pedro Costa, Direito dos Contratos Públicos, Volume I, pg. 400, Almedina Editora, 3ª Edição, 2018.

regulada pela lei, o qual deve ser minuciosamente cumprida.

O júri dentro da adjudicação pública em Portugal é conhecido como um órgão administrativo temporário, e sua constituição é feita a partir das necessidades de cada caso concreto, ou seja, uma vez iniciado o desejo de contratação pela entidade adjudicante, a incumbência de conduzir o procedimento é repassado para o júri, e assim, dentro dos parâmetros legais, realiza todos os trâmites daquela contratação pública para o qual este foi criado. Desta forma, entende-se que o júri é um órgão responsável pela instrução.

Referências bibliográficas

BARBOSA, André, Novo Código dos Contratos Públicos, Oportunidades e desafios, 2007.

CÓDIGO, Contratos Públicos, Volume Único. Edição; Porto; 2019. Isbn: 978-972-0-00173-3.

FERRAZ, Luciano. Parcerias Público-Privadas: sistemática legal e dinâmica de efetivação. In: Direito Público Atual – Estudos em Homenagem ao Prof. Nelson Figueiredo. Coord.

GONÇALVES Pedro Costa; Direito dos Contratos Públicos; Volume I; 3.^a Edição; Almedina; 2018.

LEY 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos del Sector Público. BOE núm. 261.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Contratos com o Poder Público. Revista do Advogado, ano XXIX, dezembro de 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOTTA; Fabrício. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

Regulamento (CE) N.º 1177/2009 de 30 de novembro de 2009 da Comissão. Altera as Directivas 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no respeitante aos seus

limiares de aplicação no contexto dos processos de adjudicação de contratos.

Regulamento (CE) N.º 1564/2005 de 7 de setembro de 2005 da Comissão. Estabelece os formulários tipo para publicação de anúncios no âmbito dos processos de adjudicação de contratos públicos em conformidade com as Directivas 2004/17/CE e 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho.

RIVERO, Jean. Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1975.

SANCHES, Pedro Fernández; Direito da Contratação Pública, Volume I, AAFLD Editora, 2019.

SILVA, Jorge Andrade; Código dos Contratos Públicos Anotado e Comentado; Volume I; 7.ª Edição; Almedina; 2018.

<https://www.portugal2020.pt/Portal2020/>, Procedimentos de contratação Pública. Acesso em: 15.04.2019

Os Smart Contracts e o combate a corrupção em contratações públicas

Smart Contracts and the fight against corruption in public procurement

Fabrizio Bon Vecchio¹

Débora Manke Vieira²

Sumário: 1. Smart Contracts: da origem a aplicabilidade prática; 2. Corrupção em contratações públicas e os contratos inteligentes; Considerações Finais.

Resumo: O objetivo geral deste estudo foi realizar uma análise crítica sobre o processo de contratações públicas, a fim de evidenciar a aplicação prática dos contratos inteligentes utilizando o sistema blockchain, que representam um novo paradigma contratual e disruptivo. A partir do presente ensaio, foi possível avaliar novas estratégias para aprimorar e combater a corrupção nesta espécie sistemática de contratação. O sistema baseado em tecnologia blockchain utilizado nos contratos inteligentes representa um

1 Mestrando em Direito da Empresa e dos Negócios pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS - BR). Especialização em Direito Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE - BR)/ Universidade de Caxias do Sul (UCS-BR), Pós-graduação em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Maastricht Campus Bruxelas (UM - NL), Especialização em União Bancária e Regulação Financeira em Portugal e na União Europeia pela Associação de Estudos Europeus de Coimbra da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (AEEC/UC - PT)/ Instituto de Direito Bancário da Bolsa e dos Seguros (BBS - PT), Especialização em Compliance e Direito Penal pelo Instituto de Direito Penal Econômico Europeu da Universidade de Coimbra (IDPEE/UC - PT) e Aperfeiçoamento em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade NOVA de Lisboa (UNL - PT). Presidente do Instituto Ibero-americano de Compliance (IACC). Professor convidado do LLM em Direito dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), da COMEX ESCOLA DE NEGÓCIOS e da Escola Superior de Tecnologias e Gestão da Universidade da Madeira (UMA). Titular da Vecchio Sociedade de Advocacia. E-mail: fbvecchio@hotmail.com.

2 Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) / Instituto de Estudos Tributários (IET). Membro-Associada Fundadora e integrante do grupo de estudos “O compliance e as atuais práticas de gestão de riscos, mitigação e prevenção de crises” do Instituto Ibero-americano de Compliance. Revisora de periódico científico J2 – Jornal Jurídico (Portugal). E-mail: deboramanke@gmail.com

avanço para a mitigação de fraudes ou de interferência de terceiros nos documentos, afinal as transações e regras estabelecidas nesses contratos acabam sendo inalteráveis, oferecendo maior grau de confiança entre as informações compartilhadas por seus usuários. A rede Ethereum permitiu que a tecnologia blockchain fosse utilizada para registrar qualquer transação em um arquivo validado pelo próprio usuário por meio do processo de criptografia em cadeia, sem a necessidade de um “terceiro de confiança”, garantindo o aspecto autônomo. O que tornou possível que os contratantes observem em tempo real o desempenho da operação, garantindo a rastreabilidade e a confiança dos atos. Nos contratos públicos - considerando que o número expressivo de casos de fraudes tem aumentado consideravelmente entre as partes envolvidas na contratação - a aplicação blockchain pode ajudar a minimizar os ilícitos e a aumentar a transparência e a responsabilidade dos entes envolvidos. Com a utilização de contratos inteligentes é possível estabelecer que os repasses de determinado programa de governo sejam efetivamente realizados somente se a transação ocorrer de forma legítima, afinal, na etapa preparatória das licitações, as fraudes geralmente já podem ser evidenciadas. Alguns países como o México já possuem legislação específica acerca desta espécie contratual, razão pela qual entende-se premente e necessária sua aplicação também no território brasileiro. Os métodos escolhidos foram de pesquisa bibliográfica e análise doutrinária, além de levantamento de dados em sítios governamentais.

Palavras-chave: Smart Contracts; Blockchain; Tecnologia; Corrupção; Contratações Públicas.

Abstract: The general objective of this study was to conduct a critical analysis of the public procurement process, in order to highlight the practical application of smart contracts using the blockchain system, which represent a new contractual and disruptive paradigm. From this essay, it was possible to evaluate new strategies to improve and fight corruption in this systematic type of hiring. The system based on blockchain technology used in smart contracts represents an advance for the mitigation of fraud or third party interference in documents, after all the transactions and rules established in these contracts end up being unalterable, offering a greater degree of trust between the information shared by its users. . The Ethereum network allowed blockchain technology to be used to record any transaction in a file validated by the user

himself through the chain encryption process, without the need for a “trusted third party”, guaranteeing the autonomous aspect. This made it possible for contractors to observe the performance of the operation in real time, ensuring traceability and reliability of the acts. In public procurement - considering that the expressive number of fraud cases has increased considerably among the parties involved in contracting - the blockchain application can help to minimize illicit activities and increase the transparency and accountability of the entities involved. With the use of smart contracts, it is possible to establish that the transfers of a given government program are effectively carried out only if the transaction takes place legitimately, after all, in the preparatory stage of the bids, frauds can usually be evidenced. Some countries, such as Mexico, already have specific legislation regarding this type of contract, which is why it is urgent to apply it also in Brazilian territory. The methods chosen were bibliographic research and doctrinal analysis, in addition to data collection on government websites.

Keywords: Smart Contracts; Blockchain; Technology; Corruption; Public Procurement.

1. Smart Contracts: da origem a aplicabilidade prática

A ideia de uma rede distribuída e resistente a ataques e tentativas de fraude e adulteração, é bem interessante para o armazenamento permanente e inalterável de dados de qualquer natureza³, além do mais tudo isto ocorre sem que haja a interferência de terceiros. Algumas propostas têm surgido nesta linha e será cada vez mais comum encontrar no futuro sistemas de armazenamento distribuídos baseados no conceito de blockchain⁴.

Com a tecnologia blockchain é possível criar e operar os smart contracts, isto é, contratos auto executáveis registrados apenas por códigos em uma base de dados autônoma, por meio de uma plataforma de código aberto. Estes contratos inteligentes surgem

3 LUCENA, Antônio Unias de; HENRIQUES, Marco Aurélio Amaral. Estudo de arquiteturas dos blockchains de Bitcoin e Ethereum. In: IX Encontro de Alunos e Docentes do DCA/FEEC/UNICAMP, 29-30 set., Campinas, SP, 2016, p. 87.

4 SWAN, Melanie. Blockchain: Blueprint for a new economy. O'Reilly Media, Inc., 2015, p. 112.

com a ideia de mitigar a probabilidade de fraude ou de interferência de terceiros nos documentos e atos do negócio relacionado, afinal as transações e regras estabelecidas nesses contratos acabam sendo inalteráveis, oferecendo maior grau de confiança entre as informações compartilhadas por seus usuários, já que todas as interações são gravadas em um sistema compartilhado de registro onde todas as transações são autenticadas de forma inequivocamente transparente. Torna-se prova irrefutável de qualquer movimentação no período de vigência da operação, unificando os conceitos de “contrato” e “controle” eliminando os gastos com fiscalização, já que agora estes instrumentos podem ser executados de forma automática por meio da utilização da tecnologia blockchain. Também, é possível que os contratantes observem em tempo real o desempenho do instrumento, garantindo prova de sua inviolabilidade e rastreabilidade.

O smart contract é uma ideia mais sofisticada do que o mero protocolo de transação automático ou computadorizado, popularizado desde a década de 50 com as chamadas vending machines, máquinas automatizadas que fornecem itens como lanches, bebidas e cigarro para os consumidores após a inserção de dinheiro ou pagamento com cartão de crédito realizado diretamente na máquina. Ainda assim, Max Raskin, os identifica como uma espécie de smart contract, já que define estes como “acordos em que a execução é autorizada, geralmente por computadores”.⁵

Há doutrinadores que, no entanto, entendem que smart contracts nem contratos são, mas sim meros programas de computador que executam um acordo pré-existente e que já teria se aperfeiçoado sob as vistas do direito contratual tradicional. Assim, smart contracts seriam apenas um instrumento para executar um contrato já existente, e não um contrato em si. Outros argumentar que termo smart contract não é o mais adequado, afinal, apesar

5 RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts. Georgetown Law Technology Review 304, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2959166>. Acesso em 18 dez. 2020.

destes poderem compartilhar algumas similitudes com os contratos normais, porem cumpre investigar onde esses “pontos de contato” começariam e terminariam.⁶

Quanto a sua operacionalização, as transações são enviadas, recebidas, criptografadas e validadas por um processo conhecido por “consenso”. É um método de tomada de decisões que obedece a um padrão de normas e regras matemáticas, que vinculam os participantes da rede. A transação só será processada, e consequentemente integrará o sistema, se a rede, através da resolução de problemas pelas regras matemáticas adotadas, como o proof-of-work⁷ ou proof-of-stake chegarem a um consenso, garantindo a veracidade das informações transmitidas.⁸

____ Um sistema que atende perfeitamente, é a rede Ethereum⁹, que

6 CHENG, Lim. Smart Contracts, Bridging the Gap Between Expectation and Reality, OXFORD BUS. L. BLOG; July 11, 2016. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/07/smart-contracts-bridging-gap-betweenexpectation-and-reality>. Acesso em 19 dez. 2020.

7 “Para atingir o consenso, a rede Bitcoin usa um mecanismo chamado Prova de Trabalho (POW, do inglês, Proof of Work). Isso pode soar complicado, todavia a ideia é simples. Como não podemos contar com a identidade dos mineradores para selecionar quem criou o próximo bloco, em vez disso, nós criamos um quebra-cabeça que seja difícil de resolver (ou melhor, que dá bastante trabalho), no entanto, fácil de conferir (isto é, qualquer um pode checar a resposta bem rápido). Os participantes concordam que quem resolver o problema primeiro pode criar o próximo bloco. Os mineradores têm de gastar recursos (equipamentos de computação e eletricidade) para resolver o quebra-cabeça encontrando o próximo hash – um tipo de impressão digital para o texto ou arquivo de dados. Para cada bloco que encontram, os mineradores recebem Bitcoins como recompensa. O quebra-cabeça é matematicamente configurado para tornar impossível encontrar atalhos para a resolução.” (TAPSCOTT, Don Alex. Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP, 2016, p. 62-63).

8 FAZANO FILHO, Jose Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 81/2018, p. 141 – 158, jul. - Set/2018, p.143.

9 Ethereum é uma blockchain programável. Ao invés de fornecer aos desenvolvedores um conjunto de operações predefinidas (por exemplo, transações de bitcoin), a Ethereum permite que os desenvolvedores criem suas próprias operações com qualquer complexidade. Desta forma, ela serve como uma plataforma para muitos tipos diferentes de aplicações blockchain descentralizadas, incluindo, mas não limitando-se a criptomoedas. Vitalik Buterin, após trabalhar na equipe de desenvolvedores do Bitcoin, enxergou no Blockchain uma grande oportunidade para o desenvolvimento dos Smart Contracts e decidiu criar a plataforma Ethereum, que utiliza uma linguagem específica chamada Solidity, que permite maior liberdade de programação do que o Bitcoin (MARTINS, Pedro. Introdução à Blockchain. Lisboa: FCA, 2018, p. 109).

permitiu que a tecnologia blockchain fosse utilizada para registrar qualquer coisa, além de transações financeiras, em qualquer setor do mundo, armazenando registros de transações em um arquivo validado pelo próprio usuário por meio do processo de criptografia em cadeia, sem a necessidade de um “terceiro de confiança”, garantindo o aspecto autônomo.

É importante ressaltar que o código de um contrato não pode ser alterado. No entanto, um contrato pode ser excluído, removendo seu código e estado do endereço de armazenamento da blockchain, deixando uma conta em branco. Todas as transações enviadas para o endereço dessa conta após a exclusão do contrato resultam em nenhuma execução do código. Esta exclusão não remove o histórico de transações do contrato, uma vez que a própria blockchain é imutável. Os smart contracts da Ethereum permitem construirmos arquiteturas nas quais uma rede de contratos inteligentes passe dados entre si, lendo e escrevendo suas próprias variáveis de estado, com sua complexidade restrita apenas pelo limite de bloqueio de Gas do bloco.¹⁰

No caso de empresas, objetivando a busca da vantagem competitiva de mercado, é extremamente importante o gerenciamento eficiente de seus documentos, para que as informações por elas produzidas, sejam utilizadas de forma eficaz numa tomada de decisão ou na comprovação de um fato¹¹. Assim, com as empresas cada vez mais presentes na Internet, o arquivamento de documentos está se tornando gradualmente mais digital¹². A tendência é que os documentos sejam totalmente produzidos eletronicamente, agilizando os processos, reduzindo os

10 ANTONOPOULOS, Andreas M.; WOOD, Gavin. Mastering Ethereum. O'Reilly Media Inc., v. 1, 2018.

11 COELHO, Liliam Patrícia Machado. A importância da certificação digital para a gestão documental de qualidade. Artigo Científico (Pós-Graduação em Gestão Empresarial em Sistemas de Informação). Universidade Federal Fluminense -UFF, Niterói, RJ, 2012, p. 13.

12 CORRÊA, Otavio Augusto. Estudo da Aplicação de Estrutura Blockchain com Proof Of Stake para Arquivamento de Documentos com Registro no Tempo. TCC (graduação Sistemas de Informação). Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2017, fl. 28.

custos com o armazenamento da massa documental em papel e tendo uma atitude sustentável¹³.

A assimetria informacional pode melhorar as barreiras da competição empresarial, gerando um novo padrão de comportamento econômico entre os contratantes, o que consideravelmente pode reduzir o escopo de litígios junto ao Judiciário, subvertendo a base da literatura de um contrato incompleto – vez que, a autoexecutoriedade de tais contratos, permitida pela tecnologia blockchain, enseja debates à luz da hermenêutica jurídica contemporânea; como a redução de custos, caso o contrato venha a ser mal interpretado, com advogados, contratação de seguros de adimplemento e registros cartorários.

Ligado a ideia de cooperação, ao assumir os compromissos dignos de crédito, a “fórmula de Wittman”, segundo a finalidade do direito das obrigações contratuais é minimizar os custos de transação associados ao contrato, o “custo global dos acidentes de percurso no contrato”, tidos por ele como a soma de três custos: o custo de formulação das regras contratuais pelas partes; o das regras contratuais por terceiros, sobretudo a autoridade pública, e o custo dos acidentes de percurso residuais, que poderiam ser evitados, mas precisam ser assumidos.¹⁴

Outro exemplo possível, é o aperfeiçoamento dos mecanismos de exercício da democracia e das compras públicas, colaborando para obstar práticas de corrupção, superfaturamentos em procedimentos licitatórios, em que o sistema jurídico exige como requisitos a legalidade e eficiência.

13 COELHO, Liliam Patrícia Machado. A importância da certificação digital para a gestão documental de qualidade. Artigo Científico (Pós-Graduação em Gestão Empresarial em Sistemas de Informação). Universidade Federal Fluminense -UFF, Niterói, RJ, 2012, p. 16.

14 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 419.

2. Corrupção em contratações públicas e os contratos inteligentes

Contratações públicas, na atualidade, são assuntos que sempre estão presentes na pauta judicial e nos assuntos mais comentados internacionalmente quando a pauta é corrupção. Os motivos para isso, passam pela complexidade e o abrandamento legislativo, até as fragilidades ligadas as informações e métodos operacionais utilizados nas contratações.

Os problemas das atuais compras governamentais ainda passam pela (a) falta de planejamento na contratação, (b) dificuldade na especificação clara do objeto ou serviço e nos critérios mínimos de qualidade, (c) fraca integração entre os sistemas, (d) falta de integridade, (e) deficiência e inconsistências nos cadastros de dados dos sistemas, (f) controles fracos embutidos nos sistemas, (g) dificuldade na segregação de funções e definição de competência, (h) dificuldade na padronização dos processos de compras, (i) iniciativa de compra pautada na descentralização das aquisições e (j) dificuldade na execução do contrato.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já afirmou que, no Brasil, as fraudes em licitações públicas podem representar um acréscimo de até 50% dos preços dos contratos¹⁵ e representa cerca de 13% do Produto Interno Bruto (PIB).¹⁶

No âmbito dos contratos públicos, a conclusão de que os riscos de corrupção se agravam proporcionalmente à amplitude do poder conferido aos agentes estatais, parece ser um argumento difícil de refutar. Nas palavras de Marçal Justen Filho “a corrupção decorre das oportunidades ofertadas pelo Direito para escolhas prepotentes do agente público”¹⁷.

15 EBC AGÊNCIA BRASIL. Custo adicional por fraude em licitações pode chegar a 50%, diz OCDE. 2015.

16 BRASIL, PAINEL DE COMPRAS DO GOVERNO FEDERAL. 2018.

17 JUSTEN FILHO, MARÇAL. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo brasileiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015, p. 89.

Em todas as oportunidades que o agente público opta por uma decisão que reflete alguma desvantagem ou, até mesmo vantagem ao particular, resta configurada a prática de corrupção.

A discricionariedade não deve ser combatida, como aparenta ser a tendência das estratégias legislativas, com o aumento das regras formais envolvendo as licitações e contratos públicos. Pelo contrário, a grande crítica à legislação vigente referencia o excesso de burocracia e formalidades, sem ligação direta com o aumento da segurança no certame, como um “campo fértil para o florescimento da corrupção”.¹⁸

Isso significa que a excessiva burocratização das licitações e contratações públicas resulta na retirada de autonomia e, consequentemente, de responsabilidade do administrador público. O sujeito que, aparentemente, seguiu o roteiro legalmente previsto, por mera decorrência lógica, não pode ser penalizado. Ocorre que, além de encarecer as aquisições e contratações da Administração Pública, a burocracia acaba por proteger os gestores mal intencionados que, escondidos sob o véu do formalismo, dissimulam a observância das etapas legalmente previstas.¹⁹

O gerenciamento de dinheiro público é uma área em que soluções ancoradas no uso da tecnologia blockchain podem ajudar a minimizar fraudes e aumentar a transparência e a responsabilidade dos entes envolvidos. Com a utilização de contratos inteligentes é possível estabelecer que repasses de determinado programa de governo sejam efetivamente realizados somente se a transação é legítima, afinal, na etapa preparatória da licitações, as fraudes já podem ser evidenciadas – um exemplo, é quando ocorre o direcionamento da peça editalícia à empresa previamente selecionada, assim permitindo que somente ela tenha os dos atributos preferíveis que se deve preencher no certame, o que se considera como uma fraude.

18 MOTTA, Fabrício. Formalismos em contratos administrativos incentivam corrupção. Interesse Público. Consultor Jurídico, 2015, p. 212.

19 NIEBUHR, Joel de Menezes. Regulamento de Licitações e Contratos nas Estatais. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 307, 2016b, p. 211.

As transações podem ser tratadas pela contabilidade distribuída na plataforma da rede blockchain, sem a interferência governamental, atribuindo maior robustez às contratações. Um bom exemplo é o México que adotou o sistema de “licitações inteligentes” com a participação dos cidadãos – permitindo a votação em nível local, estadual e até mesmo federal - no processo a fim de garantir que a proposta vencedora seja aquela que gere maior benefício social.²⁰

As vantagens em utilizar o sistema blockchain ao criar contratos inteligentes passa por questões como: maior transferência, com a democratização do acesso aos dados distribuídos e segurança, que tem como foco basilar a redução de práticas de conluio, fraudes e corrupção entre as empresas, principalmente por meio da distribuição dos dados em diversos locais, o que dificultará a manipulação da criptografia. Outra vantagem está diretamente relacionada a rastreabilidade e auditabilidade dos processos, justamente por serem capazes de rastrear o histórico das transações e criar uma trilha de auditoria, por meio de uma razão múltipla que pode ser acessada para consistência dos dados, permitindo auditoria em tempo real.²¹

Os benefícios potenciais para uso dos contratos inteligentes utilizando a tecnologia blockchain para contratações governamentais são: (a) programabilidade e previsibilidade nas transações e controles automáticos (os termos de um contrato são interpretados

20 Esse sistema “licitações inteligentes” surgiu em um evento conhecido como Talent Hackathon da Campus Party 2017, que aconteceu na cidade de Guadalajara, no período de 5 a 9 de julho de 2017. A partir da iniciativa da Secretaria de Função Pública e a Coordenação da Estratégia Digital Nacional por meio da Unidade de Governo Digital, do Governo Digital do México, evento que teve como objetivo desenvolver soluções tecnológicas baseadas em Blockchain para resolver problemas específicos no setor público. Além desse sistema “licitações inteligentes”, que foi consagrado projeto vencedor do evento, outros projetos também se destacaram, como é o caso da “Gestão da Identidade das Pessoas do Registro Nacional da População”, “Certificados de Depósito do Ministério da Economia” e o “Registro Público de Propriedade e do Governo do Estado de Jalisco (MÉXICO, Gobierno de México, 2017).

21 OLNES, S.; UBACHT, J.; JANSSEN, M. Blockchain in government: Benefits and implications of distributed ledger technology for information sharings. *Government Information Quarterly* – Elsevier, v. 34, n. 3, p. 355-364, sep. 2017, p. 359.

por máquina, sem intervenção humana, reduzindo a ocorrência de erros); (b) confiabilidade, imutabilidade, inviolabilidade e maior qualidade de dados (os contratos contém regras para a transação que não podem ser alteradas sem consenso entre os contratantes); (c) rastreabilidade e auditabilidade (possui uma razão múltipla que pode ser acessada para consistência dos dados, permitindo auditoria em tempo real); e (d) transparência, acesso à informação e segurança e gerenciamento de identidade (redução de fraudes e corrupção e sistema único de identidade digital).

Considerações finais

A tecnologia indubitavelmente pode ajudar a aprimorar e otimizar de forma eficaz todos os serviços e especialmente também os do setor público. Quando falamos em licitações e processos de concorrência para as contratações governamentais, retirando desta equação o elemento (“facilmente corruptível”) humano; já que é a própria tecnologia baseada no blockchain que irá executar os instrumentos contratuais, conferir a situação regular das empresas competidoras e até mesmo, realizar o processo classificatório e eliminatório dos certames, mitigamos e até eliminamos o alto custo da corrupção que muitas vezes vem associado a estas contratações públicas.

Um dos indicadores para que o uso da tecnologia seja a mais adequada para esses processos, é que não diferentes de outros países, o Brasil está sujeito as complexidades e peculiaridades do processo licitatório – os requisitos de habilitação jurídica, qualificação técnica ou financeira e regularidade fiscal – onde a intervenção humana realiza a checagem de dados; o que em muitas vezes pode ser um estopim para a prática de atos ilegais.

Com apenas um clique, os smart contracts podem autenticar e emitir um relatório completo de forma assertiva dos dados, inclusive liberando instrumentos aditivos, de acordo com o ritmo e

acontecimento relativo àquela contratação.

Diante de todo o exposto e de acordo com as pesquisas mais recentes não resta dúvida a relação que a adoção de contratos smart contracts podem ter com a lisura, transparência e eficácia, nas contratações públicas elevando a eficiência do setor público e diminuindo as perdas relacionadas ao fenômeno da corrupção.

Referências Bibliográficas

ANTONPOULOS, Andreas M.; WOOD, Gavin. Mastering Ethereum. O'Reilly Media Inc., v. 1, 2018.

BRASIL. Painel de Compras do Governo Federal. 2018. Disponível em: <http://paineldecompras.planejamento.gov.br>. Acesso em 20 dez. 2020.

CHENG, Lim. Smart Contracts, Bridging the Gap Between Expectation and Reality, OXFORD BUS. L. BLOG; July 11, 2016. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/07/smart-contracts-bridging-gap-betweenexpectation-and-reality>. Acesso em 19 dez. 2020.

COELHO, Liliam Patrícia Machado. A importância da certificação digital para a gestão documental de qualidade. Artigo Científico (Pós-Graduação em Gestão Empresarial em Sistemas de Informação). Universidade Federal Fluminense -UFF, Niterói, RJ, 2012.

CORRÊA, Otavio Augusto. Estudo da Aplicação de Estrutura Blockchain com Proof Of Stake para Arquivamento de Documentos com Registro no Tempo. TCC (graduação Sistemas de Informação). Centro Tecnológico, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2017.

EBC AGÊNCIA BRASIL. Custo adicional por fraude em licitações pode chegar a 50%, diz OCDE. 2015. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2015-11/custo-adicional-por-fraude-em-licitacoes-pode-chegar-50-diz-ocde>. Acesso em 18 nov. 2020

FAZANO FILHO, Jose Humberto. Perspectivas para a tecnologia blockchain. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 81/2018, p. 141 – 158, jul. - Set/2018.

LUCENA, Antônio Unias de; HENRIQUES, Marco Aurélio Amaral. Estudo de arquiteturas dos blockchains de Bitcoin e Ethereum. In: IX Encontro de Alunos e Docentes do DCA/FEEC/UNICAMP, 29-30 set., Campinas, SP, 2016. Disponível em: www.fee.unicamp.br/sites/default/files/departamentos/dca/eadca/eadcaix/artigos/lucena_henriques.pdf. Acesso em 08 dez. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. Corrupção e contratação administrativa: a necessidade de reformulação do modelo brasileiro. Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 258, ago. 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARTINS, Pedro. Introdução à Blockchain. Lisboa: FCA, 2018.

MÉXICO. Gobierno de México, 2017. Disponível em: <https://www.gob.mx/mexicodigital/>. Acesso em 20 dez. 2020.

MOTTA, Fabrício. Formalismos em contratos administrativos incentivam corrupção. Interesse Público. Consultor Jurídico, 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Regulamento de Licitações e Contratos nas Estatais. Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 307, 2016b. Disponível em: <https://www.direitodoestado.com.br/colunistas/joel-de-menezes-niebuhr/regulamento-de-licitacoes-e-contratos-das-estatais>. Acesso em 19 dez. 2020.

OLNES, S.; UBACHT, J.; JANSSEN, M. Blockchain in government: Benefits and implications of distributed ledger technology for information sharings. Government Information Quarterly – Elsevier, v. 34, n. 3, p. 355-364, sep. 2017. Disponível em: www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0740624X17303155. Acesso em 20 nov. 2020.

RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts. Georgetown

Law Technology Review 304, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2959166>. Acesso em 18 dez. 2020.

SWAN, Melanie. Blockchain: Blueprint for a new economy. O'Reilly Media, Inc., 2015.

TAPSCOTT, Don Alex. Blockchain Revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo. São Paulo: SENAI-SP, 2016.

A exigência de programas de integridade nas contratações públicas brasileiras: das normas estaduais à Nova Lei de Licitações

The requirement of integrity programs in Brazilian public contracting: from State standards to the New Bidding Law

Gabriel Vinicius Carmona Gonçalves¹

Sumário: Considerações iniciais. 1. Programas de integridade: panorama geral à luz do artigo 42 do Decreto Federal n.º 8.420/2015. 2. A exigência de programas de integridade para a contratação com a Administração Pública nos Estados brasileiros. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: O contexto político e econômico verificado no Brasil desde a edição da Lei Anticorrupção disseminou, de forma intensiva, a busca pela integridade corporativa, bem representada pela constante exigência de programas de compliance nas empresas, requisito regulamentado no âmbito normativo pelo Decreto n.º 8.420/2015 (especialmente em seu artigo 42, que estabelece os elementos mínimos para que um programa de integridade seja considerado efetivo). Nos últimos anos, essa tendência se ampliou ainda mais, tendo sido editadas diversas normas para compelir as empresas que contratam com a Administração Pública a construir os seus programas de integridade. Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a apresentar e analisar criticamente o panorama geral da legislação brasileira que exige das empresas que busquem contratar com a Administração Pública a implementação de um programa de integridade. São apresentadas as normas editadas por oito Estados da Federação brasileira (Rio de Janeiro, Espírito Santo, Distrito Federal, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Amazonas, Goiás e Pernambuco), que já contam com uma legislação específica sobre o tema, o que, a despeito da falta de uniformidade nas diversas normas existentes, fomentou a discussão do tema no

¹ Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito; Professor do MBA de gestão de riscos em parcerias público-privadas do IBMEC; Advogado em São Paulo. Contato: gabriel.goncalves@pmcg.adv.br. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/5588530424572503>.

Congresso Nacional brasileiro. O debate que envolve a necessidade de programas de integridade por empresas que contratem com a Administração Pública levou o legislativo federal a tratar do tema na Nova Lei de Licitações (Projeto de Lei n.º 4.253/2020), o que, caso sancionado, trará maior segurança jurídica sobre a matéria, e permitirá a incorporação das experiências bem sucedidas nos Estados-membros no Decreto Regulamentador.

Palavras-chave: compliance, programa de integridade, contratações públicas, licitações, contratos administrativos.

Abstract: The political and economic context verified in Brazil since the edition of the Anticorruption Law has intensively disseminated the search for corporate integrity, well represented by the constant demand for compliance programs in companies, a requirement regulated by Decree No. 8,420 / 2015 (especially in its article 42, which establishes the minimum elements for an integrity program to be considered effective). In the last few years, this trend has increased even more, with several rules having been issued to compel companies that contract with the Public Administration to build their integrity programs. In this context, the present work proposes to present and critically analyze the general panorama of Brazilian legislation that requires companies that seek to contract with the Public Administration to implement an integrity program. The rules published by eight states of the Brazilian Federation (Rio de Janeiro, Espírito Santo, Federal District, Mato Grosso, Rio Grande do Sul, Amazonas, Goiás, and Pernambuco) are presented, which already have specific legislation on the subject, despite the lack of uniformity in the several existing norms, it promoted the discussion of the theme in the Brazilian National Congress. The debate involving the need for integrity programs by companies that contract with the Public Administration led the federal legislature to address the issue in the New Bidding Law (Bill No. 4,253 / 2020), which, if sanctioned, will bring greater legal certainty to the matter, and will allow the incorporation of successful experiences in the Member States into the Regulatory Decree.

Palavras-chave: compliance, integrity program, public procurement, public bidding, administrative contracts.

Considerações iniciais

O contexto político e econômico verificado no Brasil desde a edição da Lei Anticorrupção disseminou, de forma intensiva, a busca pela integridade corporativa, bem representada pela constante exigência de programas de compliance nas empresas, requisito regulamentado no âmbito normativo pelo Decreto Federal n.º 8.420/2015.

Como conceituam CARVALHO e ABREU (2020, p. 63), um programa de integridade representa “o conjunto de normas de condutas, procedimentos e ações empreendidas por uma pessoa jurídica para cumprir com os desígnios do compliance”.

Nos últimos anos, essa tendência se ampliou ainda mais, tendo sido editadas diversas normas para compelir as empresas que contratam com a Administração Pública a construírem os seus programas de integridade.

Sobre o tema, GUIMARÃES e REQUI (2019, p. 205 - 208) identificam o combate à corrupção tanto “como um fim extraeconômico da licitação” - na medida em que permite o fomento de uma cultura de integridade - quanto “como um objetivo econômico da licitação”, na medida em que se tutela a economicidade da contratação pública, por permitir a diminuição dos custos marginais com a corrupção.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a apresentar e analisar criticamente o panorama geral da legislação brasileira que exige das empresas que busquem contratar com a Administração Pública a implementação de um programa de integridade.

1. Programas de integridade: panorama geral à luz do artigo 42 do Decreto Federal n.º 8.420/2015.

No Brasil, o regime jurídico dos programas de integridade – especialmente a determinação de seus aspectos e elementos fundamentais – se encontra no Decreto Federal n.º 8.420/2015,

especialmente em seu artigo 42, que estabelece dezesseis elementos fundamentais para a sua eficácia.

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.

O primeiro desses elementos, mencionado acima, é o

comprometimento da alta administração da pessoa jurídica, que deve se empenhar e garantir a independência dos órgãos internos responsáveis pela integridade corporativa.

Os elementos seguintes são representados pela existência de padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade², adaptados de acordo com os riscos específicos de seu mercado de atuação, de suas práticas e procedimentos organizacionais, e que garantam a adesão de empregados, administradores e terceiros que se relacionem com a empresa, especialmente por aqueles que a representem de qualquer forma (como despachantes, advogados e contadores terceirizados, etc.).

A esse último fator se relacionam: (i) a necessidade de realização de diligências para a contratação e supervisão desses terceiros, garantindo que a cultura ética fomentada pela empresa com a implantação de um programa de compliance anticorrupção será seguido também pelos agentes a ela externos e (ii) a realização de auditoria legal para a verificação de potenciais irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas operações de mergers and acquisitions.

O quarto requisito para um programa de integridade efetivo se traduz pela existência de treinamentos periódicos sobre o próprio programa e sobre a postura ética que se espera daqueles que a ele estão submetidos³, em linguagem simples e direta, “por meio de

2 As diretrizes da CGU para a elaboração de programas de integridade por empresas privadas indicam a necessidade de elaboração, ao menos, das políticas: (i) de relacionamento com o setor público; (ii) relativa ao oferecimento de hospitalidade, brindes e presentes a agente público nacional ou estrangeiro; (iii) relativa a registros e controles contábeis; (iv) de contratação de terceiros; (v) sobre fusões, aquisições e reestruturações societárias e (vi) sobre patrocínios e doações (CGU, 2015a, p. 15 – 19).

3 Como anota CARVALHO (2020, p. 83), “não há aderência ao compliance sem a execução de treinamentos corporativos sobre o tema. Com o volume de informação disponível nos dias de hoje e a abundância delas no meio corporativo, é ilusório crer que todos os empregados de uma corporação terão tempo suficiente para ler, assimilar e aplicar o conteúdo descrito no programa de integridade ou código de ética de uma organização. Ainda que isso ocorra em um contexto utópico, não há como garantir a aderência dos programas nas situações concretas mediante a mera ciência e leitura desses documentos. Por essa razão que se exige treino contínuo e repetitivo para se atingir um nível de excelência no que concerne ao cumprimento da conformidade em uma empresa”.

ciclo de palestras, exibição de filmes, gincanas temáticas e outras formas de comunicação sobre os temas de ética” (CGU, 2015b, p. 81).

Em seguida, a norma estabelece a necessidade de realização de uma análise periódica de riscos⁴, para adaptar o programa de integridade aos novos fatores que possam alterar a realidade existente quando da sua elaboração.

O próximo elemento diz respeito à existência de registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica, de forma a garantir “a precisão, a completude e o exercício de controle das transações por elas realizadas”⁵, o que é complementado pela determinação de existência de mecanismos de controles internos que assegurem a confiabilidade das informações financeiras.

Além disso, o Decreto n.º 8.420/2015 determina a adoção de procedimentos específicos que garantam a integridade da pessoa jurídica em processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, fonte de especial preocupação quando se trata de compliance anticorrupção⁶.

Também constituem elementos fundamentais para um programa de integridade efetivo os instrumentos que buscam

4 Como apontam CASTRO e GONÇALVES (2019, p. 79), “a gestão de riscos corporativos não irá criar a estratégia da entidade, mas irá informar à organização quais os riscos aos quais ela está exposta, adotando determinada estratégia e quais são as estratégias alternativas que estejam de acordo com sua missão e visão”.

5 GONÇALVES, 2020, p. 85.

6 Como apontado nas diretrizes da CGU para empresas privadas, “uma política clara e efetiva sobre relacionamento com o setor público é capaz de mitigar riscos relacionados à participação em licitações e contratos administrativos; ao pagamento de tributos; à obtenção de licenças, autorizações e permissões; a situações de fiscalização ou regulação; à contratação de atuais e ex-agentes públicos, entre outros” (CGU, 2015a, p. 15)

garantir o seu enforcement, como os canais de denúncia⁷, os mecanismos destinados à proteção de denunciante de boa-fé, as medidas disciplinares (em caso de violação) e os procedimentos cautelares, que assegurem a interrupção imediata de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados.

A empresa deve buscar, ainda, o monitoramento contínuo do programa de integridade, visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos de corrupção, “(...) em um processo contínuo, a partir de novos cenários que se rascunham” (NOHARA, 2018, p. 341).

Por fim, a norma também exige que a pessoa jurídica adote uma política de transparência quanto a doações para candidatos e partidos políticos – tema que está adormecido a partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650.

A existência de requisitos tão claros quanto os previstos no artigo 42 do Decreto Federal n.º 8.420/2015 seria letra morta se a Administração Pública não exigisse dos agentes que com ela se relacionam a adoção de um programa de integridade efetivo, estabelecendo uma verdadeira política pública anticorrupção.

2. A exigência de programas de integridade para a contratação com a Administração Pública nos Estados brasileiros

Oito Estados da Federação brasileira já editaram leis prevendo a obrigatoriedade de instituição de programa de integridade nas

⁷ “Existem diversos modelos, ferramentas e estruturas possíveis para o estabelecimento dos canais de denúncia. A empresa deve avaliar a necessidade de adotar diferentes meios para o recebimento de denúncias, como telefone, e-mail, internet ou entrega de formulários em papel. Em empresas com colaboradores que não têm acesso a computador com internet, deve-se estar atento à necessidade de oferecimento de alternativas à denúncia online. É importante também que os canais de denúncia sejam acessíveis a terceiros e ao público externo, para que possam denunciar irregularidades na Administração Pública Federal” (CGU, 2015b, p. 71 - 72).

empresas que contratarem com a Administração Pública.

A legislação pioneira é a Lei Estadual n.º 7.753, de 17 de outubro de 2017, editada no Rio de Janeiro, que estabelece a exigência do programa de integridade às empresas que contratarem com a Administração Pública estadual, em avenças cujo valor seja superior ao da modalidade de licitação por concorrência, e o prazo do contrato seja igual ou superior a cento e oitenta dias. Nessa norma, a obrigatoriedade de instituição de programa de integridade deve ser implementada em até cento e oitenta dias corridos, a partir da data de celebração do contrato, implicando, portanto, em condição para a manutenção da avença.

Logo em seguida, o Estado do Espírito Santo editou a Lei Estadual n.º 10.793, de 21 de dezembro de 2017, que instituiu o Código de Conduta e Integridade a ser observado pelos fornecedores de bens e prestadores de serviços à Administração Pública estadual.

Seguiu-se a essa norma a Lei Distrital n.º 6.112, de 02 de fevereiro de 2018, que estabeleceu a obrigatoriedade de implementação do Programa de Integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, pregão eletrônico e dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta ou indireta do Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a cinco milhões de reais.

Tanto a lei editada pelo Distrito Federal quanto a norma fluminense trazem disposições detalhadas quanto à formulação e à implantação dos programas de integridade nas contratações públicas, e apresentam os critérios objetivos para a avaliação de sua efetividade – que seguem, em linhas gerais, as disposições do artigo 42 do Decreto Federal n.º 8.420/2015.

O Estado do Mato Grosso, por sua vez, editou a Lei Estadual

n.º 10.744, de 29 de agosto de 2018, por meio da qual tornou obrigatória a assinatura de um “Termo Anticorrupção” pelas empresas beneficiadas direta ou indiretamente com recursos públicos estaduais.

Regulamentando a aplicação da Lei Anticorrupção no Estado, o Rio Grande do Sul editou, em 25 de setembro de 2018, a Lei Estadual n.º 15.228, na qual se exige a implementação de programa de integridade pelas empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública estadual, cujos limites em valor sejam superiores a trezentos e trinta mil reais para obras e serviços de engenharia, e acima de cento e setenta e seis mil reais para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico.

O mesmo caminho foi seguido pelos Estados do Amazonas (Lei Estadual n.º 4.730, de 27 de dezembro de 2018), de Goiás (Lei Estadual n.º 20.489, de 10 de junho de 2019) e Pernambuco (Lei Estadual n.º 16.722, de 09 de dezembro de 2019), ainda que com valores distintos daqueles estabelecidos nos outros entes da Federação.

Considerações finais

Como se nota do relato exposto no presente trabalho, desde a edição da primeira norma sobre o tema, os Estados da Federação brasileira vêm se mobilizando e aprovando diversas leis para exigir a implantação de programas de integridade pelas empresas que contratam com o Poder Público, tendo sido editadas oito normas estaduais que de alguma forma endereçam o tema.

Falta, contudo, a regulamentação harmônica sobre a matéria, que deve se dar, a despeito da competência suplementar dos Estados, em nível Federal, e para a qual já há duas iniciativas legislativas, estando uma em estado avançado de tramitação.

Trata-se do Projeto de Lei n.º 4.253/2020, que visa reformar

o marco normativo das contratações públicas brasileiras, substituindo a Lei de Licitações (Lei Federal n.º 8.666/1993), a Lei do Pregão (Lei Federal n.º 10.520/2002) e o Regime Diferenciado de Contratações (RDC - Lei Federal n.º 12.462/11), além de agregar temas relacionados, e foi enviado à sanção do Presidente da República em 10 de dezembro de 2020. A propositura assim dispõe em seu artigo 25, §4º:

Art. 25 (...) § 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

A regulamentação da matéria em nível Federal seguramente trará maior segurança jurídica sobre a matéria, e a regulamentação da Nova Lei de Licitações permitirá a incorporação das experiências bem sucedidas em âmbito estadual para a definição de uma política pública nacional que estimule a integridade nas contratações públicas.

Referências bibliográficas

CARVALHO, A.C. Treinamentos Corporativos. In: CARVALHO, A.C.; BERTOCELLI, R.P.; ALVIM, T.C.; VENTURINI, O. (coord.). Manual de compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 83 - 120.

CARVALHO, I.; ABREU, B.C.A. Programas de Compliance: o programa de integridade. In: CARVALHO, A.C.; BERTOCELLI, R.P.; ALVIM, T.C.; VENTURINI, O. (coord.). Manual de compliance. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, pp. 61 – 82.

CASTRO, R.P.A.; GONÇALVES, F.S.P. Compliance e gestão de riscos nas empresas estatais. 2. ed. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

GONÇALVES, G.V.C. Governança e integridade nas estatais brasileiras: entre as boas práticas do setor privado e o interesse

público. Dissertação de Mestrado em Direito Político e Econômico. São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2020.

GUIMARÃES, F.V.; REQUI, E.M.S. Exigência de programa de integridade nas licitações. In: PAULA, M.A.B; CASTRO, R.A.P. (coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2019, pp. 203 – 216.

NOHARA, I.P. Governança pública e gestão de riscos: transformações no direito administrativo. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pirronti Aguirre de (Coord.). Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 327-342.

Convenções nº 29 e nº 105 da OIT e o combate ao trabalho forçado no Brasil

ILO Conventions nº 29 and nº 105 and the fight against forced labor in Brazil

Juliana Santos de Freitas¹

Sumário: 1. O combate ao trabalho forçado no mundo e as Convenções nº 29 e nº 105 da OIT; 1.1. Análise da Convenção nº 29 da OIT; 1.2 Análise da Convenção nº 105 da OIT; 2. A regulamentação do trabalho forçado no Brasil; 3. A recepção pela Constituição Federal brasileira das Convenções nº 29 e nº 105 da OIT; 4. A luta contra o trabalho forçado no Brasil: o caso José Pereira; Considerações finais.

Resumo: O combate ao trabalho forçado no mundo é um tema muito discutido, sendo um dos principais objetivos da OIT. Esta organização foi responsável por emitir as Convenções nº 29 e nº 105, as quais tratam do combate ao trabalho forçado no mundo. De tal modo, este trabalho tem como objetivo analisar as referidas Convenções, analisando-as individualmente e observando a evolução das determinações de cada uma rumo a um combate mais severo do trabalho forçado no mundo. Além do mais, será analisado como essas duas Convenções foram aplicadas e desenvolvidas no Brasil, percebendo assim, como elas influenciaram no ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível entender como o país tem lidado com o enfrentamento ao trabalho forçado no território nacional. Será observado também como o país legislou sobre o trabalho forçado, nomeando-o internamente como trabalho análogo ao escravo, e como as Convenções foram recepcionadas pela Constituição brasileira. Além disso, tratará do caso José Pereira, o qual foi um caso marcante no combate ao trabalho escravo no Brasil. E também abordará como o país se posiciona atualmente no enfrentamento a este tipo de trabalho, quais medidas e políticas têm sido adotadas e como o país tem sido visto internacionalmente e pela OIT no combate ao trabalho forçado.

¹ Mestre em Direito pela Universitat de València. Pós-Graduada lato sensu em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Advogada. Email: jusantosfreitas@hotmail.com.

Palavras-chave: Trabalho forçado no Brasil; Convenções nº 29 e nº 105; OIT; caso José Pereira;

Abstract: The fight against forced labor in the world is a hotly debated topic, being one of the main objectives of the ILO. This organization was responsible for issuing Conventions No. 29 and No. 105, which deal with combating forced labor in the world. In such a way, this work has as objective to analyze the mentioned Conventions, analyzing them individually and observing the evolution of the determinations of each one towards a more severe combat of forced labor in the world. In addition, it will be analyzed how these two Conventions were applied and developed in Brazil, thus realizing how they influenced the Brazilian legal system, making it possible to understand how the country has dealt with the confrontation of forced labor in the national territory. It will also be observed how the country legislated on forced labor, naming it internally as labor analogous to slavery, and how the Conventions were accepted by the Brazilian Constitution. In addition, it will deal with the José Pereira case, which was a remarkable case in the fight against slave labor in Brazil. It will also address how the country currently stands in tackling this type of work, what measures and policies have been adopted and how the country has been viewed internationally and by the ILO in combating forced labor.

Keywords: Forced labor in Brazil; Conventions N° 29 and N° 105; ILO; case José Pereira;

1. O Combate ao Trabalho Forçado no Mundo e as Convenções nº 29 e nº 105 da OIT

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é uma agência das Nações Unidas que, de acordo com o preâmbulo de sua Constituição, tem como princípio a paz universal e permanente em busca da justiça social². A OIT permite facilitar a busca por melhorias nas condições de trabalho em todo o mundo.

A Constituição da OIT determina, em seu anexo II, que todo

2 OIT, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 29ª reunión, Montreal, 1946, p. 2.

ser humano tem direito à liberdade e dignidade³. Além disso, para garantir esses direitos, a OIT desenvolveu as Convenções nº 29 e 105, estabelecendo um mínimo a ser cumprido com a intenção de combater o trabalho forçado. Sabe-se que esse tipo de trabalho é uma das principais preocupações da OIT. Portanto, essas Convenções fazem parte daquelas que tiveram a maior adesão dos países que compõem a Organização⁴, e são reconhecidos como estruturas importantes para o enfrentamento do trabalho forçado no mundo.

De acordo com a Declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório é um dos quatro princípios relacionados aos direitos fundamentais do trabalho.⁵

Além disso, de acordo com a Declaração da OIT de 1998, sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho, todos os membros da Organização Internacional do Trabalho são obrigados a eliminar todas as formas de trabalho forçado de seus territórios, independentemente de terem ou não ratificado as Convenções sobre o trabalho forçado.⁶ Assim, a partir da Declaração da OIT de 1998, as Convenções nº 29 e 105 da OIT são obrigatórias para todos os membros da OIT, independentemente de as terem ratificado ou não. Sendo assim, por ser membro da OIT, o Brasil está incluído entre os países obrigados a cumprir essas Convenções.

De tal maneira, o Brasil está obrigado a cumprir estas Convenções não só por ser membro da OIT, mas também por ter

3 OIT, Declaración referente a los fines y objetivos de la Organización. Anexo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 26ª reunión, Filadelfia, 1944, p. 20.

4 BARROSO, F. T., COSTA, F. O. O trabalho forçado e o trabalho decente na perspectiva da organização internacional do trabalho uma experiência brasileira. In: TRAPAZZON, C. L., BELLINETTI, L. F., COUTINHO, S. M. B. (coords.). Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 640.

5 OIT, Declaración referente a los fines y objetivos de la Organización. op. cit., p. 2.

6 OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, Ginebra, 1998, p. 2.

ratificado a Convenção nº 29 em 1957 e a Convenção nº 105 em 1965.⁷ Essas Convenções são regulamentações que marcaram a luta contra o trabalho forçado no Brasil, e foram ratificadas por 173 e 169 países, respectivamente.

O grande número de países que ratificaram essas Convenções mostra que existe praticamente um consenso global de que o trabalho forçado deve ser combatido, entendendo que esta é uma forma terrível de violação dos direitos humanos.⁸ Assim, a luta contra o trabalho forçado ou obrigatório deve servir como um princípio a ser seguido pelos países, servindo como fundamento dos direitos de todos os trabalhadores do mundo.

Dessa forma, este trabalho tentará analisar o conteúdo das Convenções 29 e 105 da OIT sobre trabalho forçado e sua expressão no Brasil.

1.1. Análise da Convenção nº 29 da OIT

A OIT aprovou a Convenção nº 29 em 1930, trazendo a definição de trabalho forçado na primeira parte de seu art. 2º como sendo “todo trabalho ou serviço requerido de um indivíduo sob a ameaça de qualquer penalidade e pelo qual esse indivíduo não seja voluntário”⁹. Essa definição tem um caráter amplo, pois pretendia abranger todos os tipos de trabalho forçado que ocorrem em diferentes partes do mundo.

Esta Convenção teve um grande impacto nas leis internas dos Estados membros da OIT. Com essa definição trazida pela Convenção nº 29, os países que a ratificaram conseguiram editar

7 ARBEX, A., GALIZA, M., OLIVEIRA, T. A Política de combate ao trabalho escravo no período recente. In: Boletim Mercado de trabalho – conjuntura e análise, nº 64, Brasília, 2018, p. 112.

8 VASCONCELOS, M., BOLZON, A. Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões. In: Cadernos Pagu, nº 31, Campinas, 2008, pp. 65-87. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 30 nov. 2020.

9 OIT, Convenio de nº 29, Conferencia Internacional del Trabajo, 14ª reunión, Ginebra, 1932.

seus próprios conceitos particulares de trabalho forçado, de acordo com as características peculiares de cada região. Assim, os países foram inspirados pela Convenção não apenas para definir trabalho forçado, mas também para desenvolver sua própria legislação interna para combater o trabalho forçado. Ela serviu como guia para os países se organizarem internamente e como referência para a luta contra o trabalho forçado em várias partes do mundo.

De acordo com a definição de trabalho forçado apresentada pela Convenção nº 29, o trabalho forçado possui duas áreas substanciais: o trabalho ou serviço requerido de um indivíduo sob a ameaça de qualquer penalidade e o trabalho ou serviço não executado voluntariamente pelo indivíduo.

Assim, deve-se entender que o trabalho forçado não ocorre apenas com a verificação dessas duas figuras simultaneamente, basta uma para que ele esteja configurado. Assim, o trabalho forçado será configurado se o trabalhador não tiver a possibilidade de decidir voluntariamente sobre a aceitação do trabalho ou sobre a interrupção do serviço.¹⁰

Além do conceito de trabalho forçado, na segunda parte do art. 2º, são também estabelecidas cinco situações que devem ser excluídas da categoria de trabalho forçado. A Convenção nº 29 foi criada com o objetivo de abolir o mais rápido possível o trabalho forçado dos estados que o ratificaram. No entanto, foi estabelecido um período de transição, no qual seria admitido ainda este tipo de trabalho como medida excepcional, desde que fosse para fins públicos e nas condições determinadas pela Convenção.¹¹

Uma das condições para a admissibilidade do trabalho forçado no período de transição está no art. 11. Este artigo autoriza a submissão a esse tipo de trabalho de homens adultos, com corpo físico adequado, sendo possível presumir que trata-se de homens

10 SILVA, M. R. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

11 OIT, Convenio de nº 29, op. cit., 1932.

com mais de dezoito anos e menos de 45 anos.¹²

No entanto, no art. 12 está previsto o prazo máximo permitido, de 60 dias a cada 12 meses, para se submeter uma pessoa ao trabalho forçado. Além disso, o art. 13 determina, que as horas normais de trabalho forçado serão as mesmas que as de trabalho livre, e o excesso de horas será remunerado com as mesmas taxas aplicadas ao trabalho livre. Além disso, o trabalhador forçado tem direito a um sábado semanal.¹³

Ademais, o art. 14 determina que a remuneração do trabalho forçado deve ser do mesmo nível que a paga ao mesmo tipo de trabalho exercido livremente, sendo feita em dinheiro e ao próprio trabalhador, ao invés de pagar ao chefe da tribo ou outra autoridade.¹⁴

1.2 Análise da Convenção nº 105 da OIT

A Convenção 105 da OIT foi aprovada em 1957. Seu objetivo era de extinguir completamente o trabalho forçado no mundo. Assim, não o permitiu em hipótese alguma, diferindo da Convenção nº 29, que ainda permitia sua ocorrência em determinadas situações. Este acordo foi elaborado em um contexto pós-Segunda Guerra Mundial, no qual ainda era muito comum a presença de trabalho forçado em vários países, seja por ideologia ou por razões de política do Estado.¹⁵

Segundo os art. 1º e 2º desta Convenção, todos os países signatários da OIT que ratificarem a Convenção estão obrigados a abolir imediata e completamente o trabalho forçado de seus territórios e a tomar medidas efetivas para garantir o combate. Assim, não seria motivo para justificar o trabalho forçado usá-lo como um meio de coerção ou punição por orientação política ou ideológica, um meio de disciplina no trabalho ou uma medida

12 Ibidem.

13 Ibidem.

14 Ibidem.

15 VASCONCELOS, M., BOLZON, A. op. cit., pp. 65-87.

discriminatória de qualquer tipo.¹⁶

Assim, a Convenção nº 105 surgiu para complementar a Convenção nº 29, mas trazendo proibições mais intensas e severas, sem admitir o uso de trabalho forçado de forma alguma entre os países signatários da OIT.

2. A regulamentação do trabalho forçado no Brasil

As Convenções nº 29 e 105 da OIT sobre trabalho forçado foram ratificadas pelo Brasil. A Convenção nº 29 foi promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 1957, e a Convenção nº 105, pelo Decreto nº 58.822, de 1966. Com isso, o Brasil se comprometeu a combater o trabalho forçado e obrigatório, com o fim de extinguir todas as suas formas e modalidades.

Sabe-se que a definição de trabalho forçado apresentada pela Convenção nº 29 teve uma grande abertura regulatória, uma vez que não definiu exatamente quais seriam as situações reais que deveriam ser consideradas trabalho forçado. O objetivo disso foi permitir aos Estados editar suas próprias definições e penalidades para esse tipo de trabalho.

Essas Convenções serviram de referência para o Brasil desenvolver legislação própria sobre esse tipo de trabalho em seu território. Além disso, inspirou na formulação de sua própria definição de trabalho forçado, inclusive em como foi nomeado.

No Brasil, o trabalho forçado tratado nas Convenções nº 29 e nº 105 é previsto em sua legislação nacional como: redução à condição análoga à do escravo¹⁷. Essa nomenclatura está expressa no Código Penal Brasileiro (CP), em seu art. 149. Se enquadra nessa definição toda e qualquer forma de trabalho escravo que ocorra no país.

No entanto, a primeira definição prevista no art. 149 do CP

16 OIT, Convenio de nº 105, Conferencia Internacional del Trabajo, 40ª reunión, Ginebra, 1959.

17 Decreto-lei no 2.848/1940, de 7 de dezembro. Código Penal. (DOU 31-12-1940)

do que é a redução da condição análoga à do escravo era muito ampla e generalizada¹⁸. Assim, era difícil identificar de fato quais eram as atividades e situações concretas consideradas trabalho análogo ao escravo, dificultando a identificação dos responsáveis e a aplicação da punição apropriada.

De tal forma, essa definição ampla e genérica não estava sendo suficiente e eficaz no combate ao trabalho forçado. Assim, em 2003, para facilitar a identificação do que é trabalho análogo ao escravo, eles alteraram a definição na legislação nacional¹⁹. A partir disso, houve um entendimento mais claro de quais atividades seriam consideradas crime no Brasil.

As hipóteses estabelecidas pelo tipo penal de redução do trabalho em condição análoga à do escravo estão no art. 149 da CP e são: submissão ao trabalho forçado, submissão a dias exaustivos, sujeição ao trabalho em condições degradantes e restrição à liberdade de locomoção devido à divisão contratual com o empregador.²⁰ Contudo, é importante concordar que, para a configuração do crime no Brasil, não é necessário incorrer em todas as hipóteses do crime, a ocorrência de uma já é suficiente para que o crime seja praticado.

Além disso, o art. 149 do CP trouxe em seu primeiro parágrafo duas outras hipóteses²¹ de caracterização do crime. Uma delas é interromper o uso de qualquer meio de transporte pelo trabalhador para impedir sua saída do local de trabalho. A segunda hipótese adicional desse crime é a manutenção na vigilância ostensiva ou a apreensão de documentos e objetos do trabalhador, a fim de impedir sua saída do local de trabalho.

Essas hipóteses estão relacionadas não apenas à perda da liberdade do trabalhador, mas também às situações que prejudicam a dignidade do trabalhador. Assim, a configuração do crime está relacionada tanto à perda da liberdade quanto às condições indignas

18 Ibidem.

19 Ibidem.

20 Ibidem.

21 Ibidem.

de trabalho, bastando a ocorrência de situações que danificassem qualquer um desses dois direitos fundamentais do trabalhador.²²

Portanto, a alteração no art. 149 do CP foi muito positiva, pois especifica melhor quais são as situações que configuram o crime de redução à condição análoga à de um escravo. No entanto, a lei ainda precisa evoluir. Por mais que a legislação avance reduzindo a amplitude e a abertura da norma, é possível diminuir ainda mais para melhorar a identificação de casos que configuram o tipo criminoso e facilitar a punição do criminoso.

O trabalho forçado no Brasil pode ser dividido em três grupos com características específicas. O primeiro é o trabalho forçado imposto pelo Estado, o qual é frequentemente encontrado em prisões e obras públicas. O segundo grupo seria o trabalho forçado imposto por particulares relacionados à exploração sexual comercial. Nesse tipo, muitas vezes, a pessoa é sujeita a exploração contra sua vontade e é impedida de sair. O terceiro grupo está relacionado às demais situações de trabalho forçado impostas por particulares. Entre essas situações estão servidão, trabalho forçado rural e doméstico, entre outras.²³

3. A recepção pela Constituição Federal Brasileira das Convenções nº 29 e nº 105 da OIT

Existiam dúvidas sobre qual seria a natureza jurídica dos tratados e convenções internacionais que tratavam de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Contudo, em 8 de dezembro de 2004, surgiu a Emenda Constitucional nº 45, a qual determinou a natureza dos tratados e convenções ratificadas pelo Brasil que tratavam de Direitos Humanos.

A Emenda de nº 45 adicionou ao art. 5º da Constituição Federal Brasileira (CF) o parágrafo terceiro, o qual determina que “Os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos

22 VASCONCELOS, M., BOLZON, A. op. cit., pp. 65-87.

23 Ibidem.

que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”²⁴. De tal maneira, todos os tratados e convenções de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil após a referida emenda, se submetidos a um rito específico, seriam considerados emendas constitucionais, tendo, portanto, um status constitucional.

Por outro lado, permaneceu o questionamento sobre qual seria então a natureza dos tratados e convenções de Direitos Humanos aprovados e ratificados antes da promulgação da Emenda de nº 45. Eles não poderiam adquirir automaticamente o status de emenda constitucional porque não foram submetidos ao rito especial para se tornarem emendas. Porém, não poderiam manter sua condição de lei ordinária, pois a finalidade da Emenda Constitucional nº 45 era diferenciar os tratados e convenções sobre Direitos Humanos, garantindo a eles um status diferente do atribuído aos demais tratados.

Sendo assim, criou-se uma nova categoria na hierarquia das normas jurídicas para enquadrarem estes tratados aprovados antes da entrada em vigor da Emenda nº 45. Esses tratados e convenções passaram a ter um status intermediário, de supralegalidade, sendo superior às leis ordinárias e inferior à Constituição e suas emendas.

Portanto, como as Convenções nº 29 e nº 105 da OIT que tratavam de Direitos Humanos foram ratificadas pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45, elas adquiriram o status de supralegalidade no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, são normas superiores à legislação infraconstitucional brasileira, mas inferiores à Constituição Federal e suas emendas constitucionais.

24 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. (DOU 05-10-1988).

4. A luta contra o trabalho forçado no Brasil: o caso José Pereira

Desde a ratificação pelo Brasil das Convenções 29 e 105 da OIT, a luta contra o trabalho forçado ganhou força nacional e internacionalmente. Em 1993, o governo brasileiro foi denunciado à Corte Interamericana de Direitos Humanos da ONU e ao Parlamento Europeu por ter sido ignorado e não ter tomado medidas no caso de José Pereira.²⁵

José Pereira, de 17 anos, foi escravizado por dívida por uma pessoa que comprou a dívida de vários trabalhadores que ficaram em uma pensão e não tiveram meios de pagá-la. Mais de 30 homens trabalhavam na mesma situação, sem saber qual era o valor da dívida, apenas sabendo que precisavam trabalhar para pagá-la. Assim, alguns trabalhadores decidiram fugir de lá. Mas, quando o fizeram, foram capturados e mortos. Apenas José Pereira sobreviveu ao fingir que estava morto depois de levar um tiro no olho. Depois de um tempo, José Pereira denunciou a Fazenda Espírito Santo, local onde trabalhava, à polícia. Essa fazenda já havia recebido outras queixas de trabalho escravo pela Comissão Pastoral da Terra. Após sofrer pressão por grupos ativistas, a polícia foi à fazenda, onde encontrou mais de 60 trabalhadores sob trabalho escravo, mas não localizaram os responsáveis.²⁶

O caso José Pereira ocorreu em 1989 e teve destaque nacional e internacional, pois foi o primeiro caso de trabalho forçado brasileiro a chegar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nesse caso, o Brasil violou tratados internacionais sobre direitos humanos, como as Convenções e a Declaração de Direitos Humanos, as quais determinavam que o Estado tinha a obrigação de proteger todas as vítimas de trabalho forçado.²⁷ No entanto, o Estado foi totalmente desinteressado em dar uma resposta

²⁵ BARROSO, F. T., COSTA, F. O., op. cit, p. 640.

²⁶ RAMOS, I. F. F. Trabalho escravo: o caso José Pereira e sua relevância para a atual situação brasileira. In: Cosmopolitan Law Journal, vol. 4, nº 2, Rio de Janeiro, 2016, pp. 93-94.

²⁷ Ibidem, pp. 94-95.

adequada à situação ocorrida. Como as denúncias não surtiram efeito, após quatro anos, denunciaram o Brasil à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos.

No caso de alcançar um nível tão alto de reconhecimento e visibilidade, o Estado precisou tomar medidas para acalmar a pressão nacional e internacional. Em 2003, assinaram um acordo de conciliação responsabilizando o Estado brasileiro e determinando uma lista de compromissos e medidas que deveriam ser adotadas em relação ao caso de José Pereira.²⁸

Com base nesse caso, é perceptível importância da existência de organizações e tratados internacionais que condenem os Estados pela não punição adequada dos responsáveis pela realização trabalho forçado dentro de suas fronteiras. Se não fosse por isso, o caso de José Pereira provavelmente teria seguido como muitos outros, sem nenhuma medida de responsabilização dos culpados e reparação das vítimas pelo Estado. Além disso, este caso serviu para o Brasil mostrar ao mundo que está tomando uma posição no combater ao trabalho forçado.

O Brasil começou a agir de forma mais incisiva na luta contra o trabalho forçado. Inclusive, alterou o art. 243 da CF, acrescentando a possibilidade de expropriação de terras onde os crimes ocorressem em condições análogas à de escravo. Além disso, o Ministério Público brasileiro intensificou suas ações para punir os responsáveis por essas violações. Ademais, foi criado no Brasil o Grupo Executivo para a Supressão do Trabalho Forçado, a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo e o Plano Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo.²⁹

Somado a isso, foram criadas as “Listas Sujas”.³⁰ Elas têm a

28 Ibidem, p. 97.

29 Ibidem, pp. 98-100; LAMOUNIER, A. L. S. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, vol. 17, nº 34, Belo Horizonte, 2014, p. 30.

30 ALCANTARA, A. F. G. Trabalho análogo ao de escravo: evolução histórica e normativa, formas de combate e ‘lista suja’. In: Revista Jus Navigandi, ano 22, nº 5218, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61165>. Acesso em: 31 nov. 2020.

função de expor os nomes dos responsáveis pela exploração dos trabalhadores em condições análogas às de escravo identificados pelo Ministério Público. Esses culpados perdem a possibilidade de acessar qualquer tipo de financiamento vinculado ao Ministério da Integração Nacional e utilizar qualquer crédito em bancos públicos.³¹

Considerações finais

Com o desenvolvimento da sociedade, foram criados numerosos meios de combater o trabalho forçado clássico e contemporâneo. A pressão internacional, gerada por tratados internacionais, como as Convenções nº 29 e 105 da OIT, é fortemente responsável por gerar uma mudança na posição dos Estados em relação ao trabalho forçado. Portanto, os países intensificam suas medidas para combater o trabalho forçado em seus territórios.

Em razão da pressão internacional, o Brasil foi forçado a adotar medidas e criar leis para combater o trabalho forçado em seu território. E por sua ação contra o trabalho forçado, o Brasil se destacou na OIT, sendo o único país que não permite a presença não apenas de trabalho forçado em seu território, mas também de trabalho degradante e exaustivo.

No entanto, mesmo com todo o progresso na luta contra o trabalho forçado no Brasil, ainda existem muitos casos de trabalhadores sujeitos a essas condições. Assim, é importante que o Brasil permaneça nesse caminho buscando erradicar esse tipo de violação dos Direitos Humanos, buscando sempre melhorar suas leis, suas medidas de ação e suas formas de punição.

Referências bibliográficas:

ARBEX, A., GALIZA, M., OLIVEIRA, T. A Política de combate ao trabalho escravo no período recente. In: Boletim Mercado de

31 RAMOS, I. F. F. op. cit., p. 100.

trabalho – conjuntura e análise, nº 64, Brasília, 2018, pp. 111-137.

BARROSO, F. T., COSTA, F. O. O trabalho forçado e o trabalho decente na perspectiva da organização internacional do trabalho uma experiência brasileira. In: TRAPAZZON, C. L., BELLINETTI, L. F., COUTINHO, S. M. B. (coords.). Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara. Eficácia de direitos fundamentais nas relações do trabalho, sociais e empresariais. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 634-655.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848/1940, 1940.

ALCANTARA, A. F. G. Trabalho análogo ao de escravo: evolução histórica e normativa, formas de combate e 'lista suja'. In: Revista Jus Navigandi, ano 22, nº 5218, Teresina, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61165>. Acesso em: 31 nov. 2020.

RAMOS, I. F. F. Trabalho escravo: o caso José Pereira e sua relevância para a atual situação brasileira. In: Cosmopolitan Law Journal, vol. 4, nº 2, Rio de Janeiro, 2016, pp. 88-102.

OIT, Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 29ª reunión, Montreal, 1946.

OIT, Convenio de nº 105, Conferencia Internacional del Trabajo, 40ª reunión, Ginebra, 1959.

OIT, Convenio de nº 29, Conferencia Internacional del Trabajo, 14ª reunión, Ginebra, 1932.

OIT, Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 86ª reunión, Ginebra, 1998

OIT, Declaración referente a los fines y objetivos de la Organización. Anexo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, Conferencia Internacional del Trabajo, 26ª reunión, Filadelfia, 1944.

SILVA, M. R. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Dissertação

(Mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

LAMOUNIER, A. L. S. A escravidão contemporânea como ofensa máxima à dignidade do ser humano. In: Revista da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, vol. 17, nº 34, Belo Horizonte, 2014, pp. 14-49.

VASCONCELOS, M., BOLZON, A. Trabalho forçado, tráfico de pessoas e gênero: algumas reflexões. In: Cadernos Pagu, nº 31, Campinas, 2008, pp. 65-87. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332008000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em: 30 nov. 2020.

Registro de imóveis no Brasil: história e segurança jurídica em operações imobiliárias

Real estate registration in Brazil: history and legal security in real estate operations

Regiane Nistler¹

Sumário: 1. Apontamentos históricos sobre o Registro de Imóveis; 2. Natureza jurídica dos serviços de registro; 3. O ato de registrar e seus efeitos: destaque para a segurança jurídica; Considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho em tela tem como objetivo geral estudar um pouco da história e a segurança jurídica proporcionada pelo registro de imóveis no Brasil quanto às operações imobiliárias. Os objetivos específicos são analisar os marcos históricos, natureza jurídica, características e desenvolvimento da atividade do registro de imóveis até e principalmente a segurança jurídica, como direito fundamental e princípio, que ele proporciona com a prática de todos os seus atos, desde buscas em seus indicadores e emissão de certidões até a execução dos atos de registro e averbação nos termos da Lei de Registros Públicos e Código Civil de 2002. O problema estabelecido é o seguinte: considerando a história da atividade registral, especialmente a característica da publicidade atribuída aos atos e o exame de legalidade, qual a importância da segurança jurídica do registro imobiliário para os cidadãos, instituições e entes públicos? Supõe-se que o registro de imóveis no Brasil há muito é uma instituição imprescindível aos cidadãos, instituições em geral e entes públicos, tanto pela sua capacidade de dar publicidade às operações imobiliárias como demonstra a história, e principalmente por ser a única instituição capaz de atribuir segurança jurídica, após qualificação registral (exame de

1 Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED). Oficiala Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos (Portaria n. 11/2018 da CGJ/SC). Conciliadora junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC (Portaria n. 14/2019 da Direção do Foro). Advogada licenciada (OAB/SC). E-mail: regianenistler@outlook.com.

legalidade), às operações imobiliárias. O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Registro de Imóveis; Legalidade; Publicidade; Segurança Jurídica;

Abstract: The work on screen has the general objective of studying a little of the history and the legal security provided by the registration of real estate in Brazil regarding real estate operations. The specific objectives are to analyze the historical landmarks, legal nature, characteristics and development of the property registration activity up to and especially the legal security, as a fundamental right and principle, which it provides with the practice of all its acts, from searches in its properties. indicators and issuance of certificates until the execution of the acts of registration and annotation under the terms of the Public Records Law and the Civil Code of 2002. The problem established is the following: considering the history of the registration activity, especially the characteristic of advertising attributed to the acts the legality exam, what is the importance of the legal security of the real estate registry for citizens, institutions and public entities? It is assumed that the registration of real estate in Brazil has long been an indispensable institution for citizens, institutions in general and public entities, both for its ability to advertise real estate operations as history shows, and mainly because it is the only institution capable of assign legal security, after registration qualification (legality examination), to real estate operations. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

Keywords: Property Registration; Legality; Publicity; Legal Security.

1. Apontamentos históricos sobre o Registro de Imóveis

Inicialmente, na descoberta do Brasil, o Rei de Portugal adquiriu o título de origem da posse, repartindo o território em capitanias hereditárias que eram governadas por donatários, que praticavam a cessão de seus direitos decorrentes da posse aos que habitavam as capitanias por meio das intituladas cartas de sesmaria, sendo que estas eram entregues primeiro pelos donatários das capitanias,

em seguida pelo governo geral, e, por fim, pela Coroa de Portugal. (AGUIAR VALLIM, 1984, p. 66)

Contudo, como se sabe, o sistema implementado pelas cartas de sesmarias proporcionava privilégios apenas para os nobres e indivíduos que integravam a alta Corte e, dessa forma, considerando a extensão territorial do Brasil, a propriedade era sub aproveitada, e tampouco se observava a função social da propriedade. (REMÉDIO; AGUIAR, 2017)

Adiante, em 1843 nasceu a Lei Orçamentária n. 317, através da qual fora criado o registro de hipotecas, que tinha como objetivo tornar a terra o núcleo da concessão de crédito. Nesse sentido explica Loureiro (2019, p. 548):

Historicamente, a finalidade precípua do registro de imóveis foi garantir a publicidade das hipotecas. Em um país em vias de industrialização, era preciso estimular o crédito e, conseqüentemente, instituir um sistema de garantias reais estável e seguro. Daí a necessidade de conferir ampla publicidade às hipotecas, de forma que os credores hipotecários tivessem certeza da existência, validade e eficácia de seus direitos reais de garantia.

Em seguida, o sistema de registro de hipotecas teve previsão, ainda que de maneira tímida na Lei Orçamentária n. 317, de 21.10.1843 (art. 35), que foi regulamentada pelo Decreto n. 482, de 14.11.1846. Em 1864, foi editada a Lei n. 1237 que, com o Regulamento n. 3.453, de 1865, criou o registro geral para transcrever os títulos de transmissão de imóveis sujeitos à hipoteca e a inscrição destas, sendo que este sistema foi confirmado pelos diplomas legais que o sucederam: Decreto do Império ou Lei n. 3.272, de 05.10.1885; Decreto n. 169-A, de 19.01.1890; e Decretos n. 370 e n. 544, ambos de 1890. (LOUREIRO, 2019, p. 548)

Todavia, este sistema se mostrava parcial e fragmentário, pois permitia apenas a transcrição de atos entre vivos que representavam constituição ou transmissão de direitos reais acerca de bens suscetíveis de hipoteca, assim como a inscrição de garantias reais. (LOUREIRO, 2019, p. 548)

Este cenário foi alterado com o advento do Código Civil de 1916, no qual a partir do artigo 856 demonstra que o Registro Geral foi substituído pelo Registro de Imóveis, no qual fora mantida a transcrição, mas com uma alteração importante, sendo-lhe dada nova roupagem, resultando em prova de propriedade juris tantum, logo, admitindo em contrário. (MELO, 2004). Nesse sentido se manifestou Clovis Beviláqua (1956, p. 34):

O registro de imóveis é o instrumento da publicidade das mutações da propriedade e da instituição dos ônus reais sobre imóveis. A lei anterior denominava-o geral; mas fora organizado com referência à hipoteca. O Código Civil aproveita o mesmo aparelho, dando-lhe maior amplitude.

Em seguida, com a Lei n. 4.827 de 1924 que foi regulamentada através do Decreto n. 18.542 de 1928, e no Decreto n. 4.857, de 1939, foi inserido no sistema de registro o Princípio da Continuidade, ou seja, para qualquer transcrição ou inscrição era exigência o registro do ato anterior. Nessa linha são os destaques de Loureiro (2019, p. 549):

Os novos diplomas legais estabeleceram a transcrição em caráter geral, de forma a abranger, entre outros atos: os formais de partilha; as sentenças de usucapião; a arrematação e adjudicação de imóvel em hasta pública, etc. Por este novo sistema de registro imobiliário, a transcrição das decisões em inventários e partilhas ou da sentença declaratória de usucapião era obrigatória não para a transferência do domínio ou outros direitos reais, mas para assegurar a continuidade dos registros e para possibilitar ao novo proprietário do imóvel o exercício de seu direito de dispor.

A título de adendo necessário consignar que o Princípio da Continuidade ou Trato Sucessivo está consagrado no artigo 195 da Lei n. 6.015/73 e significa que nenhum título pode ingressar no Registro de Imóveis sem que o título que lhe antecedeu esteja registrado. Logo, é necessário que haja ligação, encadeamento entre os atos, de modo que não se verifique lacunas ou interrupções no cenário registral. Ou seja, “a sequência entre um registro e outro não pode ser quebrada, vale dizer, para que uma pessoa possa transmitir a propriedade, o título de aquisição desta propriedade

deve estar registrado. ” (DEBS, 2018, p. 608)

No ano de 1973 nasce a Lei n. 6.015, que reúne em um único diploma legal todos os princípios que norteiam a atuação do Registro de Imóveis, à medida que aperfeiçoa uns e cria outros, mas revolucionando o cadastro predial do Brasil, especialmente no que diz respeito aos livros, uma vez que além de diminuir a quantidade, centralizou um livro principal no imóvel, criando a figura da matrícula (MELO, 2004).

Assim, como leciona Lamana Paiva (2013) “o Direito registral somente criou sua autonomia com a Lei 6.015/73. Até então era mero apêndice do Código Civil. Nem a cadeira estática de Direito notarial e registral tínhamos. ”

O Código Civil de 2002 apresentou mais atenção em relação aos registros públicos, à medida que consagrou os princípios do direito registral, confirmando a relevância do Registro de Imóveis, através dos artigos 1.227, 1.245 a 1.247, por exemplo, que serão tratados adiante em seção específica.

Ainda, de forma breve convém destacar o que é Princípio e utilizando as lições de Miguel Reale (2002, p. 305), para quem os Princípios são “verdades fundantes” de um arcabouço de conhecimento, assim evidenciadas, tanto por serem realmente claras ou por serem comprovadas, mas também por motivações de natureza prática e de características operacionais, ou seja, como requisitos necessários pelas necessidades do ato de pesquisar e da práxis.

Em relação ao Registro de Imóveis encontramos princípios que norteiam a finalidade dos serviços registrais, bem como informam os requisitos e efeitos de seus atos. (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 139) São tão relevantes, explica Loureiro (2019, p. 582), que “na hierarquia das regras jurídicas, o princípio prevalece sobre a norma, de modo que exerce um papel preponderante não apenas para a interpretação, como também para a integração do ordenamento jurídico. ”

A princípio, são três as funções dos princípios registrais: a) função informadora ou integradora, uma vez que são usados como modo de orientação ou direção fundamental para os ditames concretos possuam por conteúdo disposições lógicas; b) função científica, à medida que permitem construir de forma racional o marco regulatório dos registros públicos como um todo e c) função aplicativa, pois representam facilitadores quanto a interpretação das normas jurídicas, proporcionando direções de cunho científico para solucionar conflitos envolvendo o direito registral. (LOUREIRO, 2019, p. 583-584)

Estes apontamentos acerca de princípios jurídicos, ainda que bastante breves, são importantes para esmiuçar o que direta e indiretamente estamos tratando desde o início deste texto: a competência registral e sua importância, que como se enfatizará a seguir é concretizada pela segurança jurídica proporcionada pelos atos que pratica, e antes disso, pelo exame de legalidade dos títulos, denominado qualificação registral. Mas em todos os casos tratamos de princípios registrais e os mais conhecidos: legalidade, publicidade e segurança jurídica.

2. Natureza jurídica dos serviços de registro

Prevê o artigo 236 da Constituição Federal que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. ” (BRASIL, 1988). Em complemento a este dispositivo está o artigo 3º da Lei n. 8.935/94, que teve o condão de regulamentar o artigo 236 da Constituição Federal que prevê o seguinte: “art. 3º Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a

quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro.”²

A atuação do registrador imobiliário vem prevista no artigo 12³ da Lei n. 8.935/1994 (BRASIL, 1994) e destaca Loureiro (2019, p. 546):

O registrador é um profissional do direito, dotado de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade de registro. O registrador tem o dever de prestar os serviços a seu cargo de modo adequado, observando rigorosamente os deveres próprios da delegação pública em que estão investidos, a fim de garantir a autenticidade, publicidade, segurança, disponibilidade e eficácia dos atos jurídicos constitutivos, translativos ou extintivos de direitos reais sobre imóveis e atividades correlatas (arts. 1, 12 e 30, II, da LNR).

Destarte, o direito registral imobiliário pode ser definido como a parte específica do direito de registros públicos que se preocupa com o conjunto de princípios e normas que têm como objetivo regular a função do oficial de Registro de Imóveis e a organização e o funcionamento das instituições do Estado que têm o dever de receber os atos e documentos referentes aos direitos reais acerca de bens imóveis ou aqueles que os afetam, assim como as formas e resultados dos respectivos registros e os efeitos deles decorrentes. (LOUREIRO, 2019, p. 547) É possível concluir pelas lições de Loureiro (2019, p. 547) em relação ao Direito Registral Imobiliário que ele

[...] tem por objeto a publicidade da propriedade de bens imóveis e de outros direitos reais imobiliários, visando à proteção dos titulares de tais direitos reais (publicidade estática) e também a garantia do tráfico jurídico dos bens

2 “[...] os serviços notariais e de registros são recebidos pelo particular por meio de delegação. Delegar consiste em atribuir atividade própria da administração a um ente privado ou público. Assim, conclui-se, pela análise dos referidos textos, que as atividades notariais e registrais são públicas por excelência, sendo exercidas, contudo, em caráter privado, por particulares investidos na função pública por delegação. Dito de outra forma, hoje predomina o entendimento de que a natureza da atividade é de serviço público, mas sua gestão é particular.” (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 13)

3 “Art. 12. Aos oficiais de registro de imóveis, de títulos e documentos e civis das pessoas jurídicas, civis das pessoas naturais e de interdições e tutelas compete a prática dos atos relacionados na legislação pertinente aos registros públicos, de que são incumbidos, independentemente de prévia distribuição, mas sujeitos os oficiais de registro de imóveis e civis das pessoas naturais às normas que definirem as circunscrições geográficas.”

imóveis (publicidade dinâmica). Destarte, a razão de ser do Direito registral é diminuir o risco dos adquirentes de imóveis ou direitos a eles relativos, por meio de uma maior segurança jurídica no tráfico imobiliário e, consequentemente, diminuindo os custos da transação e contribuindo para a diminuição de litígios envolvendo imóveis.

A publicidade mencionada pelo autor, aqui tratada como o Princípio da publicidade e já iniciando a abordagem acerca dos efeitos da atividade registral a ser trabalhada no tópico seguinte, vale dizer que tem a finalidade de outorgar segurança às mais variadas relações jurídicas, já que assegura a qualquer interessado o conhecimento do teor do acervo das serventias notariais e registrais e garante sua oponibilidade em relação a terceiros, sendo este o seu marco distintivo. No Brasil isso acontece por meio de certidão, a intitulada publicidade formal ou indireta. (DEBS, 2018, p. 599)

Em relação ao Registro de Imóveis de forma objetiva explicam Serra e Hipólito Serra (2016, p. 164) “pelo princípio da publicidade todos os atos inscritos no registro de imóveis tornam-se públicos e somente sua inscrição faz com que estes atinjam a publicidade almejada perante terceiros. ”

3. O ato de registrar e seus efeitos: destaque para a segurança jurídica

O Registro de Imóveis, como iniciada a demonstração na seção anterior e será abordado com mais especificidade neste tópico, ostenta a importância de uma instituição de natureza jurídica organizada e fiscalizada pelo ente estatal e que faz proclamas oficiais no que diz respeito a questões de ordem jurídica em relação a propriedade e suas modificações.

O que se pretende introduzir em alguns aspectos e ratificar em outros nesta seção é a relevância e os impactos decorrentes da atividade do Registro de Imóveis em toda a sociedade, especialmente na segurança jurídica proporcionada às operações

imobiliárias.

A atuação do Registro de Imóveis no Brasil, assim como os demais serviços notariais e de registro, tem como objetivo garantir a publicidade, a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos e negócios jurídicos celebrados diariamente pela sociedade. (LOUREIRO, 2019, p. 546). Nesse sentido é clara a doutrina de Serra e Hipólito Serra (2016, p. 16):

Qualquer sistema de registro, seja imobiliário, de empresas, ou de qualquer outra natureza, tem, como fim último, conferir segurança jurídica ao setor que tutela. No caso de registro de imóveis brasileiro, a segurança que se busca é a estática, ou seja, a do titular dos direitos referentes a determinado imóvel, sendo atribuição do tabelião a tutela da segurança jurídica dinâmica (do adquirente). Para atingir tal finalidade remota, vale-se da publicidade, a qual é a finalidade próxima do registro. Inscrevendo fatos juridicamente relevantes e publicando direitos, presumidamente conhecidos de todos, é que se busca conferir segurança jurídica ao sistema registral imobiliário.

A competência do Registro de Imóveis na legislação está prevista de forma sucinta no artigo 172⁴ da Lei n. 6.015/73 (BRASIL, 1973) também chamada de Lei dos Registros Público. Assim, de maneira geral é possível afirmar que o Registro de Imóveis é a instituição que tem competência para a formação e conservação do assento dos dados relacionados aos direitos reais que tem previsão na legislação pátria, assim como das demais informações cuja inscrição⁵ a lei determinar para fins de publicidade. (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 16)

4 “Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “intervivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.”

5 “Inscrição é a inserção de dados no registro imobiliário, que em nossa sistemática atual, resumidamente, se faz por atos de registro, por atos de averbação ou pela abertura de novas matrículas. No entanto, tais atos não esgotam a competência do Registro de Imóveis, que pratica uma série de outros, como assentamento em livros diversos (ex.: aquisição de imóveis rurais por estrangeiro), expedição de certidões, notificação (nas hipóteses expressamente previstas em lei) etc. Inscrição pode se referir também a uma das classificações dos sistemas registrais.” (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 16)

Acerca do princípio da inscrição, consagrado no artigo 172, entende-se que a transferência do direito de natureza real por ato inter vivos apenas acontece mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis. Dessa forma, “a constituição, transmissão, modificação ou extinção dos direitos reais sobre imóveis só se operam entre vivos, mediante sua inscrição no registro.” (DEBS, 2018, p. 1.061)

Ainda, nas lições de Afrânio de Carvalho (1976) o princípio da inscrição tem dois enfoques: o primeiro, constitutivo, à medida que está relacionado com o nascimento do fôlio real; e o segundo, declarativo, que tem como objetivo efetuar a publicação dos atos jurídicos para que produzam seus efeitos, tutelando o patrimônio alcançado pelo ato de registrar. O Conselho Superior da Magistratura apresentou o seguinte posicionamento em relação ao princípio da inscrição (DEBS, 2018, p. 1.062):

Como é elementar, em nosso direito positivo a aquisição da propriedade imóvel não se adquire solu consensu. Gera o contrato tão somente um direito de crédito, também denominado de direito pessoal. Tem o registro, no caso, efeito constitutivo, criador do direito real de propriedade. Em termo diversos, a criação, extinção ou transmissão de direitos reais sobre bens imóveis só se operam por ato inter vivos, mediante inscrição no registro (princípio da inscrição). Inviável, diante do acima exposto, sustentar, em nosso sistema jurídico, que a ultimação do contrato gera direito adquirido à transmissão da propriedade imobiliária no registro. Isso porque a mutação jurídico-real é um ato complexo (título somado a registro), que somente gerará direito adquirido se decorrido por inteiro, com todos os seus elementos constitutivos, na pendência da lei é contemporânea.

Portanto, o Registro de Imóveis consiste na realização do cadastro da propriedade imobiliária, que demonstre sua situação atual e por meio dele são realizadas todas as mudanças, alterações e extinções dos direitos referentes ao imóvel. Trata-se do arcabouço concentrado de todas as informações referentes a propriedade imobiliária, caracterizado pela publicidade, autenticidade, segurança e eficácia de cunho jurídico. (DEBS, 2018, p. 1.061)

Desta forma, é possível ampliar a competência do Registro de

Imóveis para incluir a organização, a conservação e o controle do ingresso de atos no fôlio real. Este controle é efetuado por meio da análise da legalidade dos títulos e da conformação do ato que se objetiva inscrever aos requisitos e exigências de ordem normativa, o que se intitula qualificação registral. (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 17)

Ainda, o artigo 1.227⁶ do Código Civil (BRASIL, 2002) apresenta um dos pilares jurídicos do Registro de Imóveis fazendo distinção entre o modo de aquisição dos bens imóveis em relação aos bens móveis, o que se dá pela simples tradição, ou seja, entrega do bem, mas no caso de bens imóveis a aquisição só acontece após o registro. (DEBS, 2018, p. 1.061)

Além disso, o Código Civil arrola no artigo 1.225⁷ os direitos reais (BRASIL, 2002). No entanto, necessário destacar que esse rol não é taxativo, ou seja, não exaure a existência de outros direitos, desde que positivados, como por exemplo, a alienação fiduciária. (DEBS, 2018, p. 1.061)

Ainda, importante dizer que a competência do Registro de Imóveis é consagrada com a análise da Legalidade⁸ do título, caminho pelo qual são verificados se o mesmo preenche todos os requisitos para ser formalizado no assento imobiliário. Ou seja, é imprescindível para que determinada relação formalizada por aquele ato registral tenha segurança jurídica.

Ou seja, “para que o título seja válido e perfeito e dê ensejo

6 “Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.”

7 “Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese. XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; (Incluído pela Lei nº 11.481, de 2007); XII - a concessão de direito real de uso; e (Redação dada pela Lei nº 13.465, de 2017); XIII - a laje. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017)”

8 “[...] não basta a inscrição para que o título tenha acesso ao Registro de Imóveis. É preciso que o título seja válido e perfeito, de forma que antes que se proceda ao registro, o documento deve passar por um exame de qualificação por parte do registrador. Em outras palavras, a validade do registro depende da validade do negócio jurídico que lhe dá suporte.” (LOUREIRO, 2019, p. 594)

ao registro, não basta a inscrição. É necessário que o documento passe por um exame de qualificação por parte do registrador.” (DEBS, 2018, p. 602) Vale lembrar que os títulos judiciais também devem passar pela qualificação registral.

Por uma questão de limitação física e também pelo objeto do texto, não poderão ser abordados todos os princípios do Direito Registral, contudo e encaminhando este humilde ensaio para o final, o princípio que merece destaque sem dúvida é o da Segurança Jurídica. Isso porque a própria Constituição Federal de 1988 o consagra em seu rol de direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, inciso XXXVI, atribuindo a ele o caráter de direito fundamental e garantia aos indivíduos em todo o território nacional.

No que diz respeito à atividade registral o princípio da Segurança Jurídica como destacam Serra e Hipólito Serra (2016, p. 140) existe da seguinte forma:

No âmbito dos Registros de Imóveis, a segurança jurídica garante a estabilidade das relações elencadas dentro de sua esfera de atribuição, contribuindo para a pacificação social por meio da prevenção de litígios envolvendo estes atos. Fortalece ainda a economia, na medida em que a segurança trazida pelo sistema registral reflete na efetividade das garantias reais oferecidas no mercado, o que leva a uma queda nas taxas de juros em virtude do grau de recuperação dos valores ofertados com a execução das referidas garantias.

É possível dividir o princípio da Segurança Jurídica dentro das Serventias Imobiliárias em duas modalidades. A primeira delas verificamos com a chamada segurança jurídica dinâmica, que fica evidenciada quando o adquirente de um imóvel apresenta seu título junto ao Registro de Imóveis e por conseguinte tem garantido todos os benefícios decorrentes do direito registrado. (SERRA; HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 140)

Já a segunda modalidade é denominada Segurança Jurídica estática e trata da garantia assegurada pela estabilidade dos direitos reais que decorre da regulamentação e observância do arcabouço jurídico no que diz respeito a esses direitos. (SERRA;

HIPÓLITO SERRA; 2016, p. 140)

Considerações finais

Observou-se que a atividade registral é de extrema relevância para a sociedade enquanto instituição que protege a propriedade imobiliária e passou por diversas mudanças desde o descobrimento do Brasil, valendo destacar como grandes marcos o sistema das sesmarias e o registro de hipotecas, que sem prejuízo dos demais sistemas e normativas que os sucederam, representaram avanços no que diz respeito a publicidade de registro e o incentivo a concessão de crédito no país.

Em relação a Lei n. 6.015/73, intitulada de Lei dos Registros Públicos, pode-se concluir que foi o diploma legal divisor de águas do sistema, já que tentou concentrar em uma única lei, todas as diretrizes para o sistema registral brasileiro, representando o principal norte do Código Civil de 2002, que enfatizou a proteção dos direitos reais dos brasileiros.

Além disso, foi possível auferir que sendo a atividade registral exercida em caráter privado com delegação a um particular, fiscalizada pelo ente estatal, tem em seu núcleo o objetivo de garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos celebrados diariamente pela sociedade.

Para tanto, a atividade registral se utiliza de diversos princípios norteadores, merecendo destaque neste artigo o princípio da segurança jurídica, ladeado pelos princípios da legalidade e publicidade, enquanto determinante para as operações imobiliárias no Brasil e proporcionada exclusivamente pelos Registros de Imóveis.

Por fim, imperioso consignar que este ensaio não ignora, mas deixa de abordar hipóteses de relativização desses princípios que eventualmente possam ser encontradas pelo leitor em julgados dos mais diversos tribunais deste país, em razão de seu objetivo que é

tão somente destacar e justificar a imprescindibilidade do registro de imóveis no Brasil quando o assunto é obter segurança jurídica nas operações imobiliárias.

Referências bibliográficas

AGUIAR VALLIM, João Rabello de. Direito Imobiliário Brasileiro (doutrina e prática). Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1984.

BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado. 11ª ed., Livraria Francisco Alves, 1956.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 07 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm> Acesso em 07 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.935 DE 18 DE NOVEMBRO DE 1994. Lei dos Cartórios. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8935.htm > Acesso em: 08 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm > acesso em: 07 nov. 2020.

DEBS, Martha El. Legislação Notarial e de Registros Públicos: comentadas, doutrina, jurisprudência e questões de concursos. Salvador: JusPodivm, 3ª ed., 2018.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

MELO, Marcelo Augusto Santana de. Breves anotações sobre o Registro de Imóveis. Disponível em: <<https://anoreg.org.br/images/arquivos/parecerrr.pdf>> Acesso em 10 nov. 2020.

PAIVA, João Pedro Lamana; ERPEN, Décio Antônio. Panorama Histórico do Registro de Imóveis no Brasil. Disponível em: <<http://>

registrodeimoveis1zona.com.br/?p=270> Acesso em 13 nov. 2020.

REMÉDIO, Antônio; AGUIAR, Marcos Vinicius Pacheco. A Lei 13.097/2015 e a efetivação do Princípio da Concentração no Registro de Imóveis. Disponível em: < <http://www.revista.unisal.br/lo/index.php/direitoepaz/article/view/533>> Acesso em 06 nov. 2019.

SERRA, Márcio Guerra; HIPÓLITO SERRA, Monete. Registro de Imóveis I: parte geral. Christiano Cassetari (coordenação). São Paulo: Saraiva, 2016, 2ª ed.

A função integrativa da soft law para efetivação de direitos humanos: análise do documento de montreux

The soft law's integrative function for effectiveness of human rights: analysis of the montreux document

Regiane Nistler¹

Sumário: 1. Breves considerações sobre a soft law; 2. Regulação e soft law: análise do Documento de Montreux; considerações finais; Referências bibliográficas.

Resumo: O trabalho em apreço, inserido na área de direito público e no ramo dos direitos humanos, tem como objetivo geral estudar a função integrativa da soft law para efetivação de direitos humanos a partir do caso do Documento de Montreux. O objetivo do respectivo documento é promover o respeito ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos sempre que empresas militares e de segurança privadas estiverem presentes em conflitos armados. Enquanto objetivos específicos a pesquisa busca a partir das seções dissertar sobre hard law, soft law e os efeitos práticos do Documento de Montreux. Para tanto fica estabelecida a seguinte pergunta: considerando o caso do Documento de Montreux é possível dizer que a soft law atua com função integrativa para efetivação de direitos humanos? Supõe-se que o caso (documento) em estudo evidencia um exemplo de soft law que não apenas complementa a sua matéria, mas como documento de regulação tem o efeito prático de efetivação de alguns direitos humanos. Importante constar que este trabalho embora discorde, não ignora a existência de algumas críticas a normas como o Documento de Montreux, o que se apresenta é a defesa no sentido de que o efeito prático da regulação em regra tem muito sucesso na efetivação de direitos humanos, seja pela diminuição de burocracias na sua confecção e execução, seja pelo

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Mestre em Direito, Democracia e Sustentabilidade pela Faculdade Meridional (IMED). Oficiala Interventora junto ao Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos (Portaria n. 11/2018 da CGJ/SC). Conciliadora junto ao Juizado Especial Cível da Comarca de Campos Novos/SC (Portaria n. 14/2019 da Direção do Foro). Advogada licenciada (OAB/SC). E-mail: regianenistler@outlook.com.

próprio interesse dos envolvidos em dar cumprimento a norma que estão fazendo adesão, como ocorre no caso estudado. O método utilizado é o indutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica.

Palavras-chave: Soft law; hard law; Direitos humanos.

Abstract: The present work, inserted in the area of public law and in the field of human rights, has the general objective of studying the integrative function of soft law for the realization of human rights based on the case of the Montreux Document. The purpose of the respective document is to promote respect for international humanitarian law and human rights whenever military and private security companies are present in armed conflicts. As specific objectives the research seeks from the sections to talk about hard law, soft law and the practical effects of the Montreux Document. Therefore, the following question is established: considering the case of the Montreux Document, is it possible to say that soft law acts with an integrative function for the realization of human rights? It is assumed that the case (document) under study shows an example of soft law that not only complements its subject, but as a regulatory document it has the practical effect of enforcing some human rights. It is important to note that this work, although disagreeing, does not ignore the existence of some criticisms of norms such as the Montreux Document, what is presented is the defense in the sense that the practical effect of regulation as a rule is very successful in the realization of human rights, be it due to the reduction of bureaucracies in its preparation and execution, or due to the interest of those involved in complying with the rule that they are adhering to, as in the case studied. The method used is inductive and the research technique is bibliographic.

Keywords: Soft law; hard law; Human rights.

1. Breves considerações sobre a soft law

O Direito é instituição em constante construção, não havendo condição de finalização definitiva, pois serve aos objetivos de confirmação de correção ou da incorreção de determinadas decisões, negócios e ou obrigações (BOBBIO, 2008). Tanto em

Hans Kelsen² (1998) quanto em Herbert Hart (1994), o Direito é definido como um exemplo de dinamismo na produção de respostas, verdadeira construção de política jurídica para adequar-se aos problemas e desafios contemporâneos e futuros, com foco na segurança e na qualidade. Assim, ao grau de efetividade do Direito atravessa a sua habilidade de percepção e representação dos dados sociais, lastreados em condições multidisciplinares para influenciar o comportamento de determinada sociedade.

A principal distinção comumente feita é entre compromissos de soft law e hard law. A primeira está ligada a compromissos internacionais que são intencionalmente não vinculantes, mas ainda têm relevância jurídica (MOSTACCI, 2008). Hard law refere-se a compromissos juridicamente vinculativos.

No que tange a hard law e soft law em relação ao tema e um dos casos escolhidos, vale destacar que embora exista uma grande necessidade de novas regras para regular os atuais conflitos armados, particularmente conflitos armados não internacionais, os Estados têm sido cautelosos na adoção de novas regras vinculativas internacionais. De qualquer forma, é fato que vários Estados frequentemente envolvidos ou afetados por conflitos armados se abstiveram de ratificar diversos protocolos, incluindo Estados Unidos, Israel, Irã, Paquistão, Índia e Turquia. Com base nessa experiência, vários Estados têm relutado em iniciar novos processos diplomáticos para negociar o Direito Internacional Humanitário.

Em vez disso, outras fontes e normas legais têm demonstrado uma atuação muito relevante na regulação de conflitos armados e, assim, até certo ponto, preenchendo a lacuna normativa do direito internacional. Esse desdobramento levou a impasses legais e operacionais onde não existe unanimidade internacional geral

2 As ideias de Kelsen se desenvolveram e mudaram ao longo de seis décadas de escrita; as afirmações feitas sobre seu trabalho aqui se aplicam à maior parte do que ele escreveu, mas geralmente não se aplicam ao seu último trabalho (Kelsen 1991), quando ele misteriosamente rejeitou grande parte da teoria que havia construído durante as décadas anteriores.

sobre em que momento, e se essas normas legais se cristalizariam em lei internacional.

Como, por exemplo, se discutirá uma nova tendência de regular conflitos armados por instrumentos soft law e avaliar, mais especificamente, se as normas de direitos humanos são refletidas nestes mecanismos. Parte-se do princípio de que a hard law que regula a maior parte das relações internacionais e nacionais, e aqui se incluem por exemplo os conflitos armados, está desatualizada e, em muitos aspectos, inadequada.

Antes de iniciar a abordagem mais específica acerca da soft law e hard law imperioso consignar que esta pesquisa trabalha com o conceito de direitos humanos do Professor espanhol Peces-Barba (1995), no sentido de que o ser humano figura como centro de si mesmo e também o centro do mundo, podendo exercer largamente as suas liberdades.

Em relação ao aspecto conceitual, atribuir significado complessivo e exauriente de soft law, especificamente, não é recomendável, considerando a multiplicidade de fenômenos em que é possível atribuir sentido a esse conceito. Contudo, preliminarmente importante destacar sua condição diversa dos tradicionais instrumentos normativos provenientes de um processo deliberativo formal de produção legislativa conduzindo perante um poder estatal investido dessa função e, portanto, com graduação diversa em termos de cogência (STAFFEN, 2018).

Tal compreensão dominante no senso comum teórico que versa sobre a soft law, parte da semântica do conceito para tecer as primeiras críticas. Associa a expressão soft com a incapacidade de ser conciliada com a ideia de rigidez e dureza vinculante típica da lei, fruto do exercício do poder soberano. Nesse sentido, a soft law seria em outra medida não uma fonte do Direito, mas um paliativo para as vagezas do Direito Internacional (STAFFEN, 2018).

O termo soft law a princípio foi dito pela primeira vez em 1930 por Lord Arnold McNair (1930), para definir princípios de cunho

abstrato, ou seja, o oposto do direito em formato concreto.

Em 1973 o termo foi mencionado na obra de René Jean Dupuy na “Hague Academy of the Protection of the Environment and International Law”, em Haia, com norte à criação de fontes alternativas de respeito aos tratados internacionais, quando por especificidade da matéria, a envergadura do Direito Internacional não tutelava tal demanda jurídica (MOSTACCI, 2008).

A partir da carência dos recursos disponíveis, Dupuy diagnosticou, assim como fez anteriormente Phillip Jessup (1965)³, a emergência de uma nova fonte normativa que pudesse dar conta de novas demandas jurídicas às margens do Direito nacional e do Direito internacional, isto é, do monopólio normativo estatal.

O incremento no uso de mecanismos de soft law se deve, especialmente ao cenário trazido pela globalização aliado ao diagnóstico de atrofia dos entes estatais em resolverem problemas reais e em ascensão, com eficácia e efetividade na mobilização de suas instituições (CALLETI; STAFFEN, 2018 apud PAIXÃO; BERTOLDI, 2012).

E acrescentam Caletti e Staffen (2018, p. 292):

O uso comum de soft law e autorregulação para questões de meio ambiente, saúde, agricultura, tecnologia, comunicações, seguridade, engenharia, relações comerciais e negocial se instala proporcionalmente pelo fato dos Estados e dos entes de Direito Internacional evitarem tratar direta e efetivamente desses assuntos, seja por protecionismo, seja por nacionalismo, seja por sua própria debilidade institucional.

Em numerosas negociações entre Estados nacionais e atores econômicos globais, se testemunha uma nova normatividade que advém da lógica eficientista sobre determinados aspectos importantes das políticas públicas com rasgo econômico. Ao

3 O autor destaca o papel essencial das regras advindas da regulação privada dos assuntos mundiais e aponta para os custos da desordem e do conflito na ausência de lei. Jessup trata ainda do significado de regras e conceitos, ressaltando sempre como as questões afetam os interesses dos governos e dos povos interessados. A praticidade de Jessup o levou a fazer inúmeras sugestões para melhorar o processo de resolução de conflitos e a eficácia do direito internacional. Este autor viu as principais tendências de sociedade internacional como parte de um desenvolvimento evolutivo em direção a uma ordem jurídica organizada e eficaz.

assim funcionar, expedientes normativos ao estilo da soft law dão azo para uma nova demanda a ser sanada pelo Direito; uma demanda que consiga corresponder com efetividade às práticas contemporâneas (SASSEN, 2015).

Em verdade, a discussão normativa sobre os modelos de soft law assentam-se sobre o embate teórico entre Kelsen e Santi Romano. Para os críticos da validade da soft law e da sua condição de cogência, o ponto de partida está na teoria das normas de Hans Kelsen (1996) que, em resumo, sustenta o argumento de que a condição de “fonte do Direito” se conecta compulsoriamente às circunstâncias de estar contida em uma norma hierárquica superior. Tem então, Hans Kelsen uma posição orientada pela condição da norma como produto da atividade legislativa estatal soberana, para a qual “a aplicação do Direito é uma consequência imediata do fato de que todo ato criador de Direito deve ser determinado pela ordem jurídica” (KELSEN, 1998, p. 195).

Para Kelsen, a validade das normas jurídicas deriva de uma norma básica, e essa norma básica é, por sua vez, “pressuposta”⁴ por aqueles que veem as ordens jurídicas como normativas. Como um positivista jurídico, Kelsen (1998) não pretende fundamentar a força normativa de sua norma fundamental ou suas normas jurídicas em sua validade moral, mas tornando sua teoria “pura” até mesmo de elementos sociológicos (ou baseados na prática).

Uma visão, seguindo Kelsen (1998) e uma possível interpretação de Hart⁵, é que o positivismo jurídico é mais bem compreendido como a aceitação do “fato” da normatividade, isto é, como partindo do pressuposto de que uma grande porcentagem de aplicadores do direito e cidadãos dentro de uma comunidade

4 Norma hipotética fundamental.

5 Existem conceitos mais ou menos análogos centrais ao trabalho de Hart e Kelsen que atraíram uma grande discussão - Regra de Reconhecimento de Hart e Norma Hipotética Fundamental de Kelsen. É certamente importante notar as naturezas distintamente diferentes das teorias do direito de Hart (1994) e Kelsen (1996): ou seja, a diferença entre uma teoria baseada em práticas sociais e uma baseada em uma análise neokantiana da normatividade jurídica. Mas também há algo a ser aprendido com certos elementos convergentes nas duas teorias

jurídica aceitam a lei como estabelecendo razões para a ação.⁶

Assim, os positivistas jurídicos observam o fato da normatividade e explicam-no apenas no sentido de construir uma teoria jurídica que possa levar esse fato em consideração. Sob esta visão, os positivistas jurídicos não “explicam a normatividade” no sentido de mostrar como tais visões podem ser justificadas ou legítimas, pois esse tipo de “explicação da normatividade” é apenas o tipo de julgamento moral ou avaliativo que o positivismo deixa para outros tipos de análise - por exemplo, teoria política ou teoria moral (BETIOLI, 2001).

As abordagens da natureza do direito devem ser entendidas dentro do contexto de debates mais amplos sobre teorias de outras práticas e instituições sociais e teorias de outras práticas de fundamentação. Investigações mais amplas incluirão, por um lado, a questão da possibilidade de uma teoria moralmente neutra e, por outro lado, a viabilidade da teoria “conceitual” (ALCHOURRÓN, 1997).

Um conjunto mais preciso de perguntas pode ser derivado das considerações gerais acima: O que significa falar sobre a natureza da lei, e o que significa ter sucesso ou fracassar em ter uma teoria do direito? Responder a essas perguntas, à luz das preocupações gerais delineadas, é o desafio que o positivismo jurídico deve enfrentar se quiser garantir no tempo. Se esse desafio não for atendido, o positivismo jurídico se tornará apenas mais um tópico interessante na história das ideias, em vez de um debate vibrante em nossas reflexões atuais sobre o que significa ter e manter um sistema jurídico.

O aparecimento de um duplo relevo jurídico da soft law que se funde no aspecto interno e no aspecto externo da juridicidade da norma, de modo que ambos, possuem condições de influenciar o desenvolvimento de mecanismos normativos estatais e não-

6 Pessoas que veem as normas legais como uma oferta de razões para a ação significa mais do que ser “persuadido” a agir pela força coercitiva o sistema; nesse caso, seriam as sanções, e não as próprias normas legais, que seriam as razões para a ação.

estatais⁷, fazendo com que, por meio de seus expedientes torne-se possível exigir a correção de comportamentos. (NASSER, 2006)

Junto com atores nacionais, atores transnacionais, supranacionais e não estatais, como ONGs e movimentos sociais, estão fortemente interligados e contribuem cada vez mais para moldar a produção de normas e regulamentos que afetam a vida cotidiana de muitas pessoas dentro e além das fronteiras nacionais. O resultado legal desta “nova constelação” (HABERMAS, 2001), está longe de ser um corpo uniforme de doutrina do direito. É um conjunto fragmentado, deslocado e frequentemente contestado de regulamentações, cujos produtores e beneficiários estão intimamente interligados, bem como mutuamente condicionados. (TEUBNER, 2004)

Pode-se dizer que os instrumentos de hard e soft law têm essencialmente o mesmo objetivo: o de regular o comportamento dos Estados nas relações internacionais fornecendo alguma estabilidade e tornando o comportamento do estado mais previsível. As regras não legais, no entanto, o fazem em menor grau, contudo possuem a vantagem de fornecerem alguma estabilidade nos casos em que uma hard law com toda a sua rigidez, não seria aceitável para os Estados, serviria nenhum propósito útil ou seria muito difícil de criar.

2. Regulação e soft law: análise do Documento de Montreux

Este tópico explora um exemplo de esforço internacional para criar normas soft law. Parte-se do princípio de que a hard law que regula a maior parte das relações internacionais e nacionais, e aqui se incluem os conflitos armados, está desatualizada e, em muitos

⁷ Em verdade, a globalização jurídica e os atos de transnacionalização do Direito fizeram com que a discussão sobre o caráter cogente das fontes do Direito, sua validade e sua normatividade tenham encontrado pontos de porosidade comuns para hard law e soft law. O aspecto não vinculativo atualmente merece contextualização específica a partir do lugar de observação escolhido por cada agente, da tensão que existe entre a política e a técnica (FRYDMAN, 2018).

aspectos, inadequada.

Nessa temática, os documentos de hard law consistem basicamente no seguinte: as quatro Convenções de Genebra (GC) de 1949; os dois protocolos adicionais de 1977; Convenções de Haia I - XIII sobre meios e métodos de guerra de 1907; e as convenções de armas mais recentes - Convenção sobre Armas Biológicas de 1972; a Convenção de 1980 sobre Armas Convencionais; a Convenção de 1993 sobre armas químicas; a Convenção de Ottawa de 1997; o Protocolo de 2003 sobre restos explosivos de guerra; e a Convenção de 2008 sobre Munições de Fragmentação.

O fato é que nos últimos anos, vários instrumentos de soft law que buscam regular situações de conflito armado foram elaborados. Esses instrumentos foram desenvolvidos por diferentes atores, incluindo, pequenos grupos de especialistas, pequenos grupos de estados e uma combinação de especialistas e Estados. (ROBERTS, 2001). Eles refletem padrões que, sem dúvida, têm um impacto na regulação de conflitos. Portanto, dificilmente se pode contestar que esses documentos formulam regras que estão em processo de incubação, ou seja, regras emergentes de direito internacional.

A esse respeito, deve-se mencionar que organizações internacionais e regionais como a ONU, a OTAN e a UE também adotaram políticas operacionais relativas a situações de conflito armado. Esses documentos regulam claramente o comportamento das forças armadas militares lideradas pela ONU, OTAN e UE em tempos de conflito⁸. No entanto, são documentos internos de política operacional, vinculativos somente para as organizações e os Estados membros que contribuem com tropas para as organizações.

Cita-se, como exemplo, o documento de Montreux sobre Obrigações Legais Internacionais Pertinentes e Boas Práticas Relacionadas com as Operações de Companhias Particulares

8 Maiores informações podem ser acessadas no documento: UN Secretary-General (UNSG), Secretary-General's Bulletin: Observance by United Nations Forces of International Humanitarian Law, 6 August 1999, ST/SGB/1999/13. Disponível em: <<https://www.refworld.org/docid/451bb5724.html>> Acesso em 22 nov. 2020.

Militares e de Segurança durante Conflito Armado para os Estados, de 2008.⁹ O documento de Montreux sobre empresas militares privadas foi o resultado de um processo internacional lançado pelo governo da Suíça e o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

O Documento de Montreux foi aceito por consenso em 17 de setembro de 2008 por dezessete Estados¹⁰. Estados e organizações internacionais podem aderir ao Documento de Montreux. Seu prefácio declara que os Estados participantes, desde já, convidam outros Estados e organizações internacionais a comunicar seu apoio a este documento ao Departamento Federal de Relações Exteriores da Suíça” (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Hoje, cinquenta e seis Estados e seis organizações internacionais aderiram ao documento (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2020). O documento não é juridicamente vinculativo, mas contém uma compilação de obrigações legais internacionais relevantes e boas práticas. Conforme mencionado no Documento, ele não busca estabelecer um novo regulamento, mas simplesmente fornecer orientação sobre vários pontos jurídicos e práticos difíceis e pouco claros. (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Assim, dando encaminhamento para as considerações finais pode-se afirmar que o objetivo do Documento de Montreux, conforme descrito pelo CICV, é promover o respeito ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos sempre que empresas militares e de segurança privadas estiverem presentes

9 O documento original se encontra em Swiss Federal Department of Foreign Affairs, ‘Participating States of the Montreux Document’, <[https:// www.eda.admin.ch/ eda/ en/ fdfa/ foreign- policy/ international- law/ internationalhumanitarian- law/ private- military- security- companies/ participating- states.html](https://www.eda.admin.ch/eda/en/fdfa/foreign-policy/international-law/internationalhumanitarian-law/private-military-security-companies/participating-states.html)>, mas também pode ser acessado através do site oficial do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pelo link: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/montreux-document-170908.htm>. Acesso em 22 nov. 2020.

10 Sendo eles Afeganistão, Angola, Austrália, Áustria, Canadá, China, França, Alemanha, Iraque, Polônia, Serra Leoa, África do Sul, Suécia, Suíça, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, Ucrânia e Estados Unidos da América.

em conflitos armados. O Documento recorda as obrigações legais existentes e fornece aos Estados recomendações sobre boas práticas para promover o cumprimento do Direito Internacional Humanitário dos Direitos Humanos durante conflitos (FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS, 2008).

Enquanto os modelos tradicionais de hard law voltam-se para hipoteticamente satisfazer os objetivos de interesse geral, as normas designadas como soft law concentram seus esforços para regular as atividades e as relações setorializadas e com maior grau de especificidade. Por seu turno, essas divergências de objetivos não se mostram incompatíveis e inviáveis, pelo reverso, possibilitam um grau mais amplo e efetivo para inserção do Estado de Direito em um campo fortemente marcado pela globalização e pela desterritorialização.

Assim, o estado d'arte da soft law, pavimenta vias para unidade e coerência entre regimes jurídicos e ordenamentos jurídicos de viés hierarquizados-formais. São os microssistemas que produzem normatividade especializada e fluída, notadamente sob a pecha de soft law, terminam produzindo distintas redes normativas (normative linkage) que se entrecruzam com outras manifestações normativas tradicionais, produzindo maior integridade e coerência.

3. Considerações finais.

A partir do caso em estudo é possível concluir no contexto jurídico-político marcado por profundas fragmentações, majoritariamente desterritorializadas, o uso de mecanismos de soft law habilitam modos de integração em conteúdos jurídicos esparsos, de preponderância técnica ou política, advindo do seio do Estado-nação ou de atores transnacionais. Sobretudo, possibilitam uma forma mais capilarizada, difusa e plena de efetivação de direitos humanos.

A condição de integração, além de ampliar os espaços

permeados pelos direitos humanos na tessitura jurídica fragmentada, obrigando corporações e atores transnacionais ao seu conteúdo, igualmente possibilita zonas para controle político, quando da aproximação com normas *hard law*. Assim, a zona antes de autonomia entre ambos os modelos passa a ser instrumentalizado para coabitação, solidariedade e subsidiariedade de fontes para o Estado de Direito.

Em síntese, a função integrativa dos mecanismos de *soft law* no âmbito dos direitos humanos possibilita, além da maior proteção jurídica in abstracto, aos órgãos decisórios uma ampliação das linhas conducentes à argumentação jurídica, com lastro maior para a racionalidade e motivação decisória como um modo de proteger e resguardar pessoas, instituições e regimes jurídicos. Está no passado a mera relevância epistemológica do estudo da *soft law* enquanto conceito ou confronto com os instrumentos de *hard law*. Como defende a pesquisa em tela, compreender o ser e o dever-ser da *soft law*, reveste-se como condição para estabelecer o sentido e a estrutura deste novo *nomos*, marcado pela realidade da globalização e pelo conteúdo de direitos humanos.

Sem a pretensão de exaurimento, vem a calhar a advertência de Gustavo Zagrebelsky (2008) para quem a figura do jurista contemporâneo deve estar afastada do puro técnico da lei; a figura nova exige um sujeito responsável no confronto da cultura do seu tempo.

Por fim, importante constar que este trabalho embora discorde, não ignora a existência de críticas a normas como o Documento de Montreux, entre elas: (i) que se trata apenas de um catálogo que dá boa visibilidade aos envolvidos; (ii) que a ausência de efeito vinculante impede o resultado esperado em alguns países, entre outras (PIMENTEL, 2015), ou ainda de (iii) que inexistente regulação sem interesses particulares (NUNES, 1997). O que se apresentou foi defesa no sentido de que o efeito prático da regulação em regra tem muito sucesso na efetivação de direitos humanos, seja pela

diminuição de burocracias na sua confecção e execução, seja pelo próprio interesse dos envolvidos em dar cumprimento a norma que estão fazendo adesão, como ocorre no caso estudado.

Referências bibliográficas

ALCHOURRÓN, Carlos Eduardo; Bulygin, Eugenio. Sobre la existencia de las normas jurídicas. Fontamara: Mexico, 1997.

BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao estudo do direito. São Paulo: Atlas, 2001.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 4. Ed. São Paulo: EDIPRO, 2008.

CALETTI, L.; STAFFEN, M. R. A fragmentação jurídica e o direito ambiental global. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 277-310, jan./abr. 2019. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1455>>. Acesso em: 22 nov. 2020.

FEDERAL DEPARTMENT OF FOREIGN AFFAIRS. The Montreux Document on pertinent international legal obligations and good practices for States related to operations of private military and security companies during armed conflict. 2008. Disponível em: <https://www.eda.admin.ch/dam/eda/en/documents/aussenpolitik/voelkerrecht/20192511-montreux-document_EN.pdf> Acesso em 22 nov. 2020.

FRYDMAN, Benoit. O fim do Estado de Direito. Governar por standards e indicadores. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional. Tradução de Márcio Selligmann-Silva. São Paulo: Litera Mundi, 2001.

HART, Herbert. O conceito de direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

JESSUP. Philip. Direito transnacional. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

KELSEN, Hans. Teoria geral da norma. 2. ed. Tradução de José Florentino Duarte: Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1996.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998.

McNAIR, Arnold. The functions and deferring legal character of treaties. British Year Book of International Law, 1930.

MOSTACCI, Edmondo. La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato. Padova: CEDAM, 2008.

NASSER, Salem Hikmat. Direito global em pedaços: fragmentação, regimes e pluralismo. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 2, 2015.

NUNES, E. A Gramática Política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

PAIXÃO, Liziane; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. A importância do soft law na evolução do direito internacional. Revista do Instituto de Direito Brasileiro, Lisboa, v. 1, n. 10, p. 6265-6289, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General. Madrid: Universidad Carlos III – BOE, 1995.

PIMENTEL, Cauê Rodrigues. Entre o livre-mercado e o compromisso multilateral: opções de regulação internacional sobre empresas militares e de segurança privada. BJIR, Marília, v. 4, n. 2, p. 273-299, mai/ago. 2015.

ROBERTS, Anthea. Traditional and modern approaches to customary international law: a reconciliation. American Journal of international law, 2001. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/2674625>> Acesso em 06 set 2020.

SASSEN, Saskia. Territory, authority, rights: from medieval to global assemblages. Princeton University Press, 2006.

STAFFEN, Márcio Ricardo. Interfaces do Direito Global. 2. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TEUBNER, Gunther et alii. Transnational governance and constitutionalism. Oxford: University Oxford Press, 2004.

ZAGREBELSY, Gustavo. La giustizia il sulla lege. Torino, Giappichelli, 2008.

Crianças Indígenas e Violência: Trajetórias de Exclusão

Indigenous Children and Violence: trajectories of exclusion

Thaís Janaina Wenczenovicz¹

Sumário: 1. Palavras sobre a Infância e Indígenas: perspectivas coloniais; 2. Crianças Indígenas e contextos de vulnerabilidade social; 3. Desassistência a educação em terras indígenas; Conclusão.

Resumo: Para compreender a violência contra os Povos Indígenas no Brasil contemporâneo, faz-se necessário partir de uma análise sistêmica e de longa duração, considerando a trajetória histórica de subalternização e vulnerabilização desses grupos. O presente trabalho visa apresentar reflexões iniciais sobre a violência exercida contra as crianças indígenas no Brasil contemporâneo e a negação de Direitos Fundamentais. Em se tratando da criança indígena a situação é ainda mais grave. Em um contexto de defesa de territórios e exclusões sociais, as crianças indígenas têm sido alvo de violências baseadas na negação de Direitos Fundamentais e ataque aos Direitos Humanos, acrescidos da violência direta através da mortalidade infantil, da exploração sexual, da fome, do tráfico de pessoas e das agressões de outras naturezas que se acentuam na medida em que as comunidades afirmam o seu protagonismo político e social. Etnocídios, epistemicídios, genocídios e memoricídios compreendem o leque de ataques consolidados contra os povos originários nas mais diversas regiões do Brasil. Também nesse contexto, encontra-se o racismo, as doenças, a desassistência a saúde e educação. Nessa direção pode-se apontar também o não acesso ao direito à educação, a desterritorialização e aos recursos econômicos. O procedimento metodológico utilizado é o método

¹ Docente adjunta/pesquisador sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul/UERGS. Professora Titular no Programa de Pós-Graduação em Educação/UERGS e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito/UNOESC. Professora Colaboradora no Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Educação da Universidade Estadual do Paraná- UNIOESTE. Avaliadora do INEP - BNI ENADE/MEC. Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - UNESCO. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/UERGS Direitos Humanos e Justiça: perspectivas decoloniais. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9405-3995>. E-mail: t.wencze@terra.com.br

bibliográfico-investigativo, acompanhado do uso de documentos jurídicos e dados estatísticos extraídos dos acervos do CIMI, IBGE e SISABI.

Palavras-chave: Povos Indígenas; Crianças; Violência.

Abstract: o understand violence against Indigenous Peoples in contemporary Brazil, it is necessary to start from a systemic and long-term analysis, considering the historical trajectory of subordination and vulnerability of these groups. The present work aims to present initial reflections on the violence against indigenous children in contemporary Brazil and the denial of Fundamental Rights. In the case of indigenous children, the situation is even more serious. In a context of defense of territories and social exclusions, indigenous children have been the target of violence based on the denial of Fundamental Rights and attack on Human Rights, in addition to direct violence through child mortality, sexual exploitation, hunger, drug trafficking. people and aggressions of other natures that are accentuated as communities assert their political and social role. Ethnocides, epistemicides, genocides and memoricides comprise the range of consolidated attacks against indigenous peoples in the most diverse regions of Brazil. Also in this context, there is racism, diseases, lack of assistance to health and education. In this direction, one can also point out the lack of access to the right to education, the deterritorialization and economic resources. The methodological procedure used is the bibliographic-investigative method, accompanied by the use of legal documents and statistical data extracted from the collections of CIMI, IBGE and SISABI.

Keywords: Indigenous people; Children; Violence.

1. Palavras sobre a Infância e Indígenas: perspectivas coloniais

As crianças foram, durante muito tempo, deixadas na sombra das narrativas histórico-jurídicas e sociais. Geralmente, a imagem da infância estava ligada a ideia de minimização das crianças, já que estas figuram como extensão de seus progenitores. Dizer que a criança é um ser social significa considerar que ela tem uma história, vive uma geografia, pertence a um segmento social e que

estabelece relações definidas segundo o seu contexto de origem. Ela também apresenta uma linguagem decorrente dessas relações sociais e culturais estabelecidas somando-se nesse contexto a necessidade de proteção.

O desenvolvimento da antropologia e a ênfase dada à família e a mulher, o advento da Nouvelle Histoire, bem como a afirmação de novos campos de investigação e linhas de pesquisa, mais atenta ao cotidiano e ao privado contribuíram para fazê-las sair dessa minimização enquanto objeto de estudo.

Em sua maioria, os estudos que revelaram as interfaces da infância estiveram inseridos nas discussões da área das Ciências Humanas e Sociais num primeiro momento, para posterior adentrar em outros campos do conhecimento. A título de exemplo pode-se citar o estudo das representações ou práticas infantis - na historiografia internacional - que já acumulou consideráveis pesquisas sobre a criança e seu passado. Em se falando de Europa, há três décadas a demografia histórica ajudava a detectar a expectativa de vida, o papel das crianças nas estruturas familiares, os números de abandono infantil, a contracepção e a mortalidade, resultante de doenças infecto-contagiosas.

Em se tratando de crianças indígenas² os estudos são ainda em menor quantidade, aja visto o processo de estigma e minimização empreendido pelo ideário do colonialismo na América Latina. Segundo Quijano (2005, p. 117)

“A América constitui-se como o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial e, desse modo e por isso, como a primeira identidade da modernidade. Dois processos históricos convergiram e se associaram na produção do referido espaço/tempo e estabeleceram-se como os dois eixos fundamentais do novo padrão de poder. Por um lado, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a

2 A população total de indígenas no Brasil que é de 817.963 pessoas, o que representa 0,42% da população brasileira. Desse total, 502.783, ou seja, 61,46% vivem em aldeias e 315.180, ou seja, 38,54%, em cidades. Representam 305 etnias, com 274 línguas indígenas faladas. (IBGE, 2010).

outros. Essa ideia foi assumida pelos conquistadores como o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista exigia. Nessas bases, consequentemente, foi classificada a população da América, e mais tarde do mundo, nesse novo padrão de poder. Por outro lado, a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial.”

Conforme explicita Bourdieu (2007), a cultura dominante contribui para a integração da classe dominante, e assim, a cultura que une é a mesma que separa, à medida que legitima a distinção, a hierarquia entre as classes/cultura. Para esse autor, as diferentes classes estão envolvidas numa luta simbólica, com a finalidade de impor a definição do mundo social conforme os interesses.

A esse respeito, Lander (2006, p. 250) destaca que:

“Ao fazer abstração da natureza dos recursos, espaço e territórios, o desenvolvimento histórico da sociedade moderna e do capitalismo aparece como um processo interno, autogerado, da sociedade europeia, que posteriormente se expande para as regiões atrasadas. Nessa construção eurocêntrica desaparece do campo de visão o colonialismo como dimensão constitutiva destas experiências históricas.”

Nesse contexto, tem-se que levar em conta que a violência contra a criança e ao adolescente costumeiramente está baseada na relação de poder advindo do patriarcalismo. Segundo Boaventura de Sousa (2019), vivemos em sociedades capitalistas, coloniais e patriarcais, por referência aos três principais modos de dominação da era moderna: capitalismo, colonialismo e patriarcado ou, mais precisamente, hetero-patriarcado. Nenhuma destas categorias é tão controversa, quer entre os movimentos sociais, quer na comunidade científica, quanto a de colonialismo.

Essa constituição da categoria inferior/superior acompanha a história e trajetória dos Povos Indígenas no Brasil e por consequência foi pilar de sustentação para a consolidação de estigmas e exclusão nos mais diversos segmentos da cotidianidade. Quijano (2006) complementa:

“A classificação racial da população e a velha associação das novas identidades raciais dos colonizados com as

formas de controle não pago, não assalariado, do trabalho, desenvolveu entre os europeus ou brancos a específica percepção de que o trabalho pago era privilégio dos brancos. A inferioridade racial dos colonizados implicava que não eram dignos do pagamento de salário. Estavam naturalmente obrigados a trabalhar em benefício de seus amos. Não é muito difícil encontrar, ainda hoje, essa mesma atitude entre os terratenentes brancos de qualquer lugar do mundo. E o menor salário das raças inferiores pelo mesmo trabalho dos brancos, nos atuais centros capitalistas, não poderia se, tampouco, explicado sem recorrer-se à classificação social racista da população do mundo. Em outras palavras, separadamente da colonialidade do poder capitalista mundial. O controle do trabalho no novo padrão de poder mundial constituiu-se, assim, articulando todas as formas históricas de controle do trabalho em torno da relação capital-trabalho assalariado, e desse modo sob o domínio desta. Mas tal articulação foi constitutivamente colonial, pois se baseou, primeiro, na adscrição de todas as formas de trabalho não remunerado às raças colonizadas, originalmente índios, negros e de modo mais complexo, os mestiços, na América e mais tarde às demais raças colonizadas no resto do mundo, oliváceos e amarelos. E, segundo, na adscrição do trabalho pago, assalariado, à raça colonizadora, os brancos.” (QUIJANO, 2005. p. 120)

Embora os adultos sejam socialmente responsáveis e autorizados a exercer o poder protetor sobre as crianças e adolescentes, ainda é recorrente o exercício de pedagogia de submissão de crianças e adolescentes ao poder autoritário, arbitrário e violento dos adultos junto aos núcleos familiares, escolas, igrejas, serviços de assistência e de ressocialização. Aliados a isso há crenças e valores culturais na sociedade que se efetivam com viés autoritário (violência simbólica) e produzem conceitos e preconceitos a inúmeras situações no cotidiano como a cultura da inferiorização de gênero, raça, classe social e outras que se tornam naturais, inquestionáveis e mesmo invisíveis no dia-a-dia.

2. Crianças Indígenas e contextos de vulnerabilidade social

Em virtude da exploração colonial, as comunidades indígenas

perderam suas terras, seus costumes próprios, suas tradições milenares - fonte de sua sobrevivência. Isso acarretou uma piora sensível da sua condição de vida, colocando-os em uma severa condição de pobreza. Em alguns países, como no Brasil, o Estado demarcou reservas indígenas em todo o território nacional, na tentativa de lhes garantir a subsistência. Entretanto, a fome³, a desassistência a educação e as doenças assolam comunidades inteiras e atingem diretamente as crianças.

Segundo análise dos dados do Ministério da Saúde em 2011, 670 crianças indígenas morreram antes de completar um ano. Em 2013, registram-se menos nascimentos que mortes, já que 793 crianças não completaram um ano de vida antes da chegada da morte. Com isso, a taxa de mortalidade infantil indígena no Brasil (número de mortes por 1.000 nascidos vivos) passou de 31,90 para 43,46 – um número duas vezes maior do que a média dos demais menores no Brasil e similar ao de países como a Namíbia ou São Tomé e Príncipe. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2013)

Já os dados do DSEIs⁴ apontam que no Estado do Mato Grosso do Sul há um coeficiente de mortalidade infantil duas vezes maior que o da média nacional, com 26,35 por mil nascidos vivos. A taxa de mortalidade infantil no Brasil, segundo o IBGE, é de 13,82 por mil nascidos vivos (dados de 2013). Os números mostram ainda que o maior número de óbitos ocorreu no polo base de Dourados, com 11 mortes. (CIMI, 2016. p. 128)

3 A fome em terras indígenas relaciona-se em sua maioria pelo fato de ser negado ou destituído a eles o direito e a garantia de exclusividade no uso de seus territórios tradicionais e os recursos naturais ali disponíveis - base material imprescindível para a sua reprodução e desenvolvimento social, econômico e cultural.

4 O Distrito Sanitário Especial Indígena (DSEI) é a unidade gestora descentralizada do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SasiSUS). Trata-se de um modelo de organização de serviços que contempla um conjunto de atividades técnicas, visando medidas racionalizadas e qualificadas de atenção à saúde, promovendo a reordenação da rede de saúde e das práticas sanitárias. Bem como desenvolve atividades administrativo-gerenciais necessárias à prestação da assistência, com o Controle Social. No Brasil, são 34 DSEIs divididos estrategicamente por critérios territoriais e não, necessariamente, por estados, tendo como base a ocupação geográfica das comunidades indígenas. Além dos DSEIs, a estrutura de atendimento conta com postos de saúde, com os Polos base e as Casas de Saúde Indígena (Casais).

Em 2014 foram registrados 1.565 óbitos indígenas nos sistemas de informação da SESAI, a saber: 562 óbitos de crianças menores de 1 ano, 784 óbitos de crianças até 7 anos e 219 óbitos de mulheres em idade fértil-MIF (entre 10 e 49 anos de idade). Cerca de 70% desses casos de óbitos tiveram suas causas investigadas. No tocante ao local de ocorrência, 52,36% de todos os óbitos registrados ocorreram em ambiente hospitalar e 35,04% na aldeia de residência do indígena (Sesai, 2015).

De acordo com o Relatório – Violência contra os Povos Indígenas no Brasil– Dados de 2017 elaborado pelo Conselho Indigenista Missionário/CIMI, ocorreram 702 mortes de crianças menores de 5 anos em terras indígenas brasileiras no decorrer do ano de 2017. Pneumonia, diarreia e gastroenterite são doenças perfeitamente tratáveis, mas causaram a morte de dezenas de crianças menores de 5 anos.⁵ Crianças e jovens que morrem acima dos índices aceitáveis pelas instituições oficiais nacionais e internacionais, revelam o espectro da necropolítica praticada contra os povos indígenas no Brasil.

A título de exemplo pode-se citar o caso de uma criança recém-nascida que teve fratura de crânio na terra indígena de Kaxariri no Estado do Amazonas em 2017:

“VÍTIMA: Recém-nascido e mulher

POVO(S): KAXARARI

TERRA INDÍGENA: KAXARARI

DESCRIÇÃO: A criança nasceu dentro de um carro e, como consequência, sofreu uma fratura na cabeça. Na semana anterior ao parto, a mãe teria procurado atendimento no posto de saúde, mas não foi atendida sob a alegação de falta de alimentação para os doentes. O coordenador do Dsei, em reunião com a comunidade indígena, informou que iria desativar o polo e criar um posto de saúde, e que estaria providenciando alimentação para os doentes. No entanto, nenhuma providência foi adotada.

5 Conselho Indigenista Missionário. (CIMI). RELATÓRIO – Violência contra os Povos Indígenas no Brasil–Dados de 2017. Disponível em: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf. Acesso em: 03. Mar. 2019.

MEIO EMPREGADO: Falta de alimentação e assistência.”
(CIMI, 2017. p. 120)

Já no Estado do Mato Grosso do Sul foi registrado em 2017 junto aos organismos públicos o aumento de casos de crianças com casos de desnutrição.

“VÍTIMA: Crianças

POVO(S): GUARANI-KAIOWÁ

TERRA INDÍGENA: KURUSU AMBÁ

MUNICÍPIO: CORONEL SAPUCAIA

DESCRIÇÃO: Nos acampamentos Guarani Kaiowá de Kurusu Ambá e Pyelito Kuê, as lideranças denunciam que centenas de crianças apresentam quadro grave de desnutrição por falta de alimentos e água potável. A cesta básica estaria atrasada desde novembro de 2016 e a água disponível é só a de um açude, consumida juntamente com o gado. Segundo o Guarani Eliseu Lopes, a Funai alega insuficiência de recursos por parte da Conab, não havendo previsão de distribuição de cestas básicas para nenhum acampamento indígena no estado. “As famílias pedem socorro. A gente divide o pouco que tem. Mas quando não há nada, as crianças dormem para esquecer a fome”. Conforme declaração do professor Neimar Machado de Souza, da Universidade Federal da Grande Dourados, as causas dessa crise decorrem do fato de que estas e outras comunidades indígenas enfrentam um histórico abandono e racismo institucional. A não demarcação dos territórios afeta drasticamente as duas comunidades.

MEIO EMPREGADO: Falta de alimentação.” (CIMI, 2017. p. 120)

2.1. Desassistência a educação em terras indígenas

O direito à educação, previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental de natureza social, vem detalhado no Título VIII, Da Ordem Social, especialmente nos artigos 205 a 214, dispositivos nos quais se encontram explicitadas uma série de aspectos que envolvem a concretização desse direito, tais como os princípios e objetivos que o informam, os deveres de cada ente da Federação (União, Estados, Distrito

Federal e Municípios) para com a garantia desse direito, a estrutura educacional brasileira (dividida em diversos níveis e modalidades de ensino), além da previsão de um sistema próprio de financiamento, que conta com a vinculação constitucional de receitas. Trata-se de parâmetros que devem pautar a atuação do legislador e do administrador público, além de critérios que o Judiciário deve adotar quando chamado a julgar questões que envolvam a implementação deste direito.

Além da previsão constitucional, há uma série de outros documentos jurídicos que contêm dispositivos relevantes a respeito do direito à educação, tais como o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo nº. 592, a 6 de dezembro de 1992; a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n. 9.394/96), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), o Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005 – 2014/2024), entre outros.

Tem-se afirmado que a educação é um direito fundamental e, em virtude disso, a utilização da expressão direito fundamental reflete uma escolha e, portanto, a necessidade de justificação para a formação de um pacto semântico: posicionamo-nos, aqui, em consonância com Sarlet (2007) e boa parte da doutrina, fazendo distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, entendendo por direitos humanos aqueles que possuem relação com o direito internacional, por fazerem referência àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma determinada ordem constitucional e, por isso mesmo, aspirando à validade universal, valendo para todos os povos e em todos os tempos, ou seja, revelando um caráter supranacional.

No que se refere aos direitos fundamentais, também, de certa forma, direitos humanos, já que seu titular é sempre o ser humano,

ainda que representado coletivamente, aplicam-se para aqueles direitos do ser humano que são reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. (SARLET, 2007, p. 35).

No Brasil, os povos indígenas têm reconhecidos juridicamente suas formas próprias de organização cultural e social, seus valores artísticos, simbólicos, tradições, e processos de constituição de saberes e transmissão cultural para as gerações futuras. A extensão desses direitos no campo educacional gerou a possibilidade de os povos nativos se apropriarem da instituição escolar, atribuindo-lhe identidade e função peculiares.

A escola, espaço que também possui um histórico de aculturação e assimilação, bem como imposição de valores, passa a ser reivindicada pelas comunidades indígenas como espaço de construção de relações intersocietárias baseadas na interculturalidade e na autonomia política.

Por isso, a ideia de hibridismo que autores como Hall (2004) e Silva (2000) trazem em suas produções teóricas é fundamental para problematizar o contexto de grandes transformações sociais que se vive na atualidade - lugar onde aparece com mais frequência este sujeito amalgamado, mesclado, multicultural, denominado de híbrido ou pós-moderno.

O direito a educação escolar indígena - caracterizada pela afirmação das identidades étnicas, pela recuperação das memórias históricas e pela revitalizada associação entre escola/sociedade/identidade, em conformidade aos projetos societários definidos autonomamente por cada povo indígena - se deu através de sua trajetória histórica em direção à democratização das relações sociais no país. A Constituição Federal de 1988, a qual dispõe no Art. 210 aponta:

“Serão fixados conteúdos mínimos para o Ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

2. O ensino fundamental regular será ministrado em língua

portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.” (C.F, 1988).

Entretanto, constata-se inúmeros problemas nas escolas localizadas nas terras indígenas. Problemas esses que perpassam pela fragilidade da infraestrutura, falta de professores bilíngues, ausência de mobiliário básico, dificuldade na acessibilidade, dentre outros. Em acordo ao Censo Escolar de 2015, do Ministério da Educação, mostra que pouco mais da metade, 53,5%, das escolas indígenas têm material didático específico para o grupo étnico que frequenta a escola.

A infraestrutura também é um elemento essencial para a efetivação do processo de ensino-aprendizagem e nas terras indígenas é notório a ausência de investimentos. Segundo o Censo Escolar (2017), 30,93% das escolas indígenas não dispõem de um espaço físico construído pelo poder público para funcionar. Não raro frente a esse processo de fragilidade, as aulas ocorrem em locais improvisados, como casas comunitárias ou emprestadas de professoras(es) e moradores da região. Sabe-se que essa realidade tem impactos diretos na qualidade da aprendizagem considerando que a falta de uma sede interfere em outros setores como: ausência de biblioteca, cozinha, biblioteca, laboratório, refeitório, etc.

Quanto ao processo de formação docente, há convergência baseada na ideia de autodeterminação, de que a condução dos projetos pedagógicos – seja no que se refere aos profissionais, seja no que se refere ao material didático desenvolva-se pelos próprios indígenas. Por muitos anos, a educação escolar dos povos originários teve docentes não indígenas atuando nas escolas indígenas. Professores que desconheciam costumes, língua, tradições, etc. Com a Constituição de 1988, se reconheceu o direito dos indígenas de usar sua língua materna na escola.

Para suprir essa demanda, universidades – em sua maioria públicas, estimuladas por editais federais ou convênios com secretarias de educação, organizaram formações específicas de

professores indígenas para a educação escolar indígena. Dessa forma, o Ministério da Educação (MEC) estimulou a formação de professores indígenas pelo PROLIND.

Além do déficit de formação, ainda há outro problema: o óbice da contratação, que afeta a qualidade do ensino oferecido já que a abertura de concursos para docência indígena na Educação Básica não acompanhou o crescimento do número de licenciados. Atualmente, há um número inferior professores indígenas concursados e em muitas escolas, imperam mecanismos de contratação informal.

No que envolve o material didático, o Censo Escolar aponta que 33% das escolas indígenas não possuem material didático específico para a diversidade sociocultural. Além da ausência de materiais para centenas de etnias, há o desconhecimento de alguns materiais existentes, especialmente em escolas que possuem em seu corpo docente muitos professores não indígenas, ou a direção escolar e coordenação pedagógica não indígena. Geralmente, os professores preferem outros materiais ou trazer muitos elementos externos e desconsiderar os materiais produzidos para as escolas indígenas.

Considerações finais

Desassistência a educação e saúde, enfermidades, fome dentre outras causas tem sido algumas das diversas formas de violência empreendidas contra os povos indígenas no Brasil. As crianças em especial são atingidas por essa mazela social e humanitária que acompanha a trajetória histórica das dezenas de etnias nas últimas décadas.

Sabe-se que há múltiplas visões sobre as causas da violência e de como superá-las, entretanto a violência – física ou simbólica, necessitam de políticas públicas de segurança pública e social assertivas e eficientes. É preciso atuar de maneira eficaz tanto em suas causas quanto em seus efeitos, reduzindo o estigma e

a vulnerabilidade social e econômica, especialmente de parcela da população das terras indígenas, historicamente à margem da sociedade. Além de um dever do poder público, urge o esforço coletivo de toda a sociedade civil para assegurar a bem estar de todos, cujos direitos estão assegurados pela Constituição Federal.

Referências bibliográficas

BOURDIEU, P. (2007). O poder simbólico. Tradução Fernando Tomaz, 11^a ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

BRASIL. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília.

HALL, S. (2001). A identidade cultural na pós-modernidade. Rio de Janeiro, Brasil: DP&A.

LANDER, E. (2006). Marxismo, eurocentrismo y colonialismo. In: BORON, Atilio; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). La teoría marxista hoy: problemas y perspectivas, Buenos Aires, Argentina: CLACSO.

QUIJANO, A. (2005). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Social.

SARLET, I. (2007). A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 8^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

SILVA, T. T. da (Org.). (2000). Identidade e diferença. A perspectiva dos estudos culturais. 1^a Ed. Petrópolis: Vozes.

Fontes Eletrônicas

Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL/ ONU). Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis. Chile: Imprensa Oficial, 2015. Reportado de: <http://www.>

cepal.org/es/publicaciones. Acesso em: 30 dez. 2020.

Comissão Pastoral da Terra (CPPT/Brasil). Centro de Documentação – Dados e Notas. Reportado de: <https://cptnacional.org.br>. Acesso em: 03 dez. 2020.

Conselho Indigenista Missionário. (CIMI). RELATÓRIO – Violência contra os Povos Indígenas no Brasil–Dados de 2017. Reportado de: https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2018/09/Relatorio-violencia-contra-povos-indigenas_2017-Cimi.pdf. Acesso em: 30 dez. 2020.

Ministério da Saúde – Secretaria especial de saúde indígena. Relatório de Gestão do Exercício 2013. Brasília, Imprensa Oficial, 2014. Reportado de: <http://conselho.saude.gov.br>. Acesso em 20 dez. 2020.

MORESCHI, Marcia Teresinha. (2018). Violência contra Crianças e Adolescentes: Análise de Cenários e Propostas de Políticas Públicas. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Proteção dos Direitos da Criança e Adolescente. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos. Reportado de: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/consultorias/conada>. Acesso em: 23 dez. 2020.

Organização das Nações Unidas (ONU). Relatório da 1ª Conferência Mundial sobre os Povos Indígenas. Nova Iorque, 2014. Reportado de: <http://www.onu.org.br>. Acesso em: 23 dez. 2020.

Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI). Legislação e Dados. Reportado de: <http://portalsaude.saude.gov.br>. Acesso em: 08 dez. 2020.

A compliance cartorária: tecnologia da informação – TI e gestão da informação - GI nas serventias extrajudiciais e o problema da apropriação da identidade dos cartórios pelos sites de serviços cartorários

The notary compliance: Information Technology - IT and Information Management - IM on notary services and the problem of the appropriation of the notary identity by the sites of notary services

Mariangela F. Ariosi¹

Sumário: Introdução. 1. Proposta de pesquisa sobre a compliance cartorária e o problema da apropriação da identidade cartorária pelos sites de serviço. 2. A dependência digital em época de pandemia. 3. O ineditismo do tema e da pesquisa/ Conclusão. Referências bibliográficas

Resumo: Este paper apresenta o objetivo da pesquisa de Doutorado sobre a gestão, a mediação e o uso da informação nos cartórios extrajudiciais. Neste projeto, estuda-se a compliance desenvolvida recentemente no âmbito dos cartórios de registro civil e notas e busca-se entender como esse sistema tem sido gerido pelos órgãos de classe dos cartórios e operado pelo Poder Público e pelo cidadão, estes considerados consumidores finais. A compliance cartorária é tratada à luz da GI e da TI aplicada ao conhecimento, à coleta e à organização dos dados e ao compartilhamento dessas informações com o usuário e com os órgãos públicos. No contexto dessa compliance cartorária se observou um problema atual, grave e de grande repercussão para a classe cartorária e para a sociedade e que surgiu exatamente pelo desenvolvimento desta compliance: a apropriação da identidade dos cartórios pelos sites de serviços cartorários brasileiros. Foi a imposição da quarentena que intensificou a busca pelos serviços digitais; e ao final de 2020,

¹ Graduada em Letras, Relações Internacionais e Direito. Mestre em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Tabeliã e Registradora Civil em São Paulo, Brasil. Email mariangelaariosi@outlook.com Tel. (55) (11) 94251-0824

pode-se dizer que a compliance é eficaz, funcional e acessível. Foi nesse contexto, de alta dependência digital que esses sites se aproveitaram para desenvolver sua acessibilidade nas plataformas digitais e induzir, com suas técnicas de comunicação, o consumidor a erro ao contratar serviços achando se tratar de um cartório. Pretende-se, a partir desse estudo, apresentar soluções e sugestões para retificar o problema.

Palavras-chaves: compliance; cartórios; serventias extrajudiciais;

Abstract: This paper presents the objective of the Doctoral research on the management, mediation and use of information in notary services. In this project, we study the compliance recently developed within the scope of civil registry and notes and seek to understand how this system has been managed by the class agencies of the notaries and operated by the Government and the citizen, these considered final consumers. Notary services compliance is handled in the light of GI and IT applied to the knowledge, collection and organization of data and the sharing of this information with the user and public agencies. In the context of this notary service compliance, there was a current problem, serious and of great repercussion for the notary class and for society, which arose exactly by the development of this compliance: the appropriation of the identity of notaries by the sites of Brazilian notary services. It was the imposition of quarantine that intensified the search for digital services; and by the end of 2020, it can be said that compliance is effective, functional and accessible. It was in this context, with high digital dependence that these sites took advantage to develop their accessibility in digital platforms and induce, with their communication techniques, the consumer to error when hiring services thinking it is a notary. It is intended, from this study, to present solutions and suggestions to rectify the problem.

Keywords: compliance; notary services; extrajudicial;

Introdução

Por muitos anos os tabeliães mantiveram uma tradição arraigada às tradicionais práticas de comportamento e de expertise jurídicas. Uma revolução de costumes vem ocorrendo

nos últimos 5 anos. Há quem atribua essa mudança ao uso da tecnologia, mas a verdade é que a cultura é outra; a formalidade subsiste apenas nos atos praticados no exercício da profissão. De todas as carreiras jurídicas, a que mais mudou recentemente foi a tabelioa, nos usos e costumes, da percepção de um novo espaço físico, na sustentabilidade, no discurso oral, e até na substituição do terno pelo jeans, beirando o Vale do Silício - com um pouco de exagero, é verdade.

Pode-se falar que está havendo uma onda de modernidade que não deixará espaço para o antigo. Muito diferentemente da magistratura e do Ministério Público, onde o uso da tecnologia está também presente, mas os costumes continuam resistindo à pressão da modernidade, os cartórios estão se transmutando e com isso se destacando do resto do Judiciário. E toda transformação suscita ser compreendida.

Considerando-se esse novo cartório, propõe-se um estudo sobre a gestão, a mediação e o uso da informação produzida no âmbito de sua atividade. Compartilha-se, aqui, a mesma visão de Saeger, pela qual o uso da informação deve ser aplicado ao desenvolvimento humano, sempre buscando sua evolução pela melhoria de sistemas que atendam aos interesses da sociedade². Restará comprovado que os cartórios atualmente são os principais parceiros do Poder Público, não só na alimentação de dados aos diversos órgãos, mas também no controle da corrupção; e são os maiores facilitadores para o exercício de direitos e de uso de informações para o cidadão.

No entanto, muitas críticas sobre essa afirmação devem ser enfrentadas, como, por exemplo, a antiga crença de que os cartórios são um feudo hereditário e milionário; que os cartórios representam uma excessiva burocracia para o usuário; que atendem mais aos

2 SAEGER, M.M.M.T.; OLIVEIRA, M.L.P.de.; PINHO NETO, J.A.S.de.; NEVES, D.A.B. Organização, acesso e uso da informação: componentes essenciais ao processo de Gestão da Informação nas organizações. Páginas a&b, Porto, v.3, 6.1, p.52-64, 2016. Disponível em: < <http://ojs.letras.up.pt/index.php/paginasueb/article/view/1545>>. Acesso em 11 de julho de 2020.

interesses financeiros dos seus titulares do que aos interesses do cidadão e outros mitos que estão arraigados ainda no senso comum da sociedade.

A verdade é que, de fato, sempre foi assim. Somente a partir da Constituição Federal de 1988 – CF/88 – que a profissão de titular de cartório foi elevada a um status de seriedade³. A história dos cartórios no Brasil se divide em dois períodos: um antes, e outro depois da CF/88. O sistema sofreu uma revolução no que tange à probidade da profissão e à legitimidade de sua função. Atualmente, os cartórios não são mais apenas um local de armazenamento de documentos; desenvolveram-se novas funcionalidades que serão apresentadas nesse estudo. Dentro dessas funcionalidades, pode-se mencionar sua recente função de compartilhar dados com o cidadão e com o Poder Público. O desenvolvimento de técnicas sofisticadas de ambientes tecnológicos tem proporcionado grandes vantagens para o Estado, mas também para o usuário cidadão.

No que tange ao usuário, as facilidades trazidas pela compliance cartorária é espetacular. Se por um lado tem-se desenvolvido um sistema inteligente facilitador para o cidadão, por outro, tem-se ainda o desconhecimento dessas utilidades pelo usuário e também por muitos gestores públicos. Talvez esse desconhecimento, que ainda será estudado, decorra da longa tradição cultural pautada na burocracia e no viés financeiro que os cartórios sempre apresentaram. As mudanças jurídicas foram muito rápidas, e a sociedade e o Poder Público ainda não assimilaram

3 O Art. 236 da CF/88 estabelece uma nova ordem jurídica à atividade:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

FONTE: BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.15 de abr. de 2018

toda essa revolução.

Acredita-se que essa publicação poderá promover o conhecimento por parte dos operadores desse direito e do cidadão sobre esse novo cenário dentro do qual os cartórios representam um papel *sine qua non*, não só para o Estado, mas, também, para o cidadão usuário do sistema. Vale lembrar que todas as pessoas são usuárias, portanto, consumidoras desse sistema, pois todos nascem e morrem, conforme bem assinalado em documento da Corregedoria Geral de Justiça de São Paulo:

Os serviços extrajudiciais realizam um importante papel na sociedade brasileira. Por eles passamos todos nós, cidadãos, em algum momento das nossas vidas, seja no momento em que nascemos, casamos, adquirimos patrimônio, registramos nossos filhos, nos endividamos ou mesmo quando morremos. Trata-se de um serviço público por excelência devido à relevância dos atos ali praticados para o exercício da cidadania e da vida privada.⁴ (grifos nossos)

Importante assinalar que a TI e a GI são hoje um tema na ordem do dia nos cartórios: seja porque os titulares de cartório são os agentes alimentadores dos sistemas e seus operadores principais, seja pela transformação tecnológica recente ocorrida no ambiente cartorário. E para incentivar o desenvolvimento de boas práticas em Tecnologia da Informação - TI, a ANOREG⁵ tem promovido uma premiação em qualidade de gestão nas categorias⁶: estratégica, operacional, de pessoas, instalações, de saúde e segurança no trabalho, socioambiental, da informatização, de controle de dados e da inovação.

Ao se analisar todo esse cenário que fez surgir o que se alcunha de compliance cartorária, observa-se o que se acredita ser um grande problema para os cartórios: a apropriação de sua

4 CGJ/TJSP. FREITAS, Marcelo El-Jaick. Gestão da qualidade e serviços extrajudiciais. Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/1191615/marcelo-el-jaick.pdf>. Acessado aos 30 de maio de 2020.

5 ANOREG – Associação dos Notários e Registradores

6 ANOREG. Boas Práticas PQTA. Disponível em: https://www.anoreg.org.br/site/wp-content/uploads/2020/05/AF_apcer_boaspraticas_Anoreg-PREVIEW-2015.pdf. Acessado aos 04 de maio de 2020.

identidade pelos sites que oferecem serviços cartorários na internet. Essa apropriação representa riscos à imagem dos cartórios, mas representa também um meio de lesar o consumidor no uso dos serviços cartorários.

1. Proposta de pesquisa sobre a compliance cartorária e o problema da apropriação da identidade cartorária pelos sites de serviço

Este paper apresenta parte da proposta de pesquisa submetida ao Programa de Doutorado em Direito da PUC/SP. Acredita-se que, a ausência de pesquisa nessa área cumulada com o ineditismo e com o proveito do conhecimento pelo usuário e pelo Poder Público, tornam o tema atrativo para uma tese de doutoramento. Com efeito, a intrincada compliance desenvolvida recentemente no âmbito dos cartórios extrajudiciais merece ser estudada para se buscar entender como esse sistema tem sido gerido pelos órgãos de classe dos cartórios (ARPEN⁷, CNB⁸) e operado pelo Poder Público e pelo cidadão; e em que medida, sobretudo, esta compliance vem se tornando um ambiente digital propício para as práticas abusivas desses sites de serviço cartorário que se apropriam da identidade dos cartórios.

Porém, com o desenvolvimento da TI, como fora assinalado, surgiu um problema no processo comunicacional dos cartórios. O acesso generalizado da sociedade às mídias digitais juntamente à cultura que se formou quanto à procura por informações nas redes sociais, intensificada pela recente quarentena, também direcionou os usuários de serviços cartorários às facilidades trazidas pela internet. Cada vez mais, as pessoas se utilizam das mídias digitais para buscar os serviços cartorários no conforto do seu lar e é nesse contexto que incorrem na falsa percepção de estarem e

7 Associação dos Registradores de Pessoas Naturais que representa todos os cartórios de registro civil.

8 Colégio Notarial do Brasil, que representa todos os cartórios de notas.

relacionando com um cartório.

2. A dependência digital em época de pandemia

Sobre o fenômeno da dependência às mídias digitais - consolidado com a quarentena imposta pelo COVID - foi de grande contribuição um estudo publicado em 2016, pela USP/ECA, resultado de encontros acadêmicos, sob o título “Comunicação, cultura e mídias sociais” que anteviu essa situação de dependência alguns anos antes da quarentena de 2020. Esta publicação traz vários artigos que tratam do fenômeno da dependência das mídias digitais e explica em que medida essa relação de intrínseca dependência tem contribuído para a formatação de uma nova sociedade com características muito distintas daquela do século passado⁹. Derrick de Kerckhove¹⁰, em artigo sobre a ética na era do big data, citando Castells, afirma que toda vez que a tecnologia muda, a sociedade também muda, e que essa mudança alcança a natureza humana, transcende portanto ao fenômeno social, chegando a interferir na natureza do ser humano. O autor fala em “inconsciente digital”, “cultura da vergonha à luz de Freud”, “direitos digitais fundamentais” etc., como conceitos relevantes para explicar o atual fenômeno. Os cartórios, assim como outras instituições, estão inseridos nesse contexto e devem ser analisados por essa ótica, ampliando-se para além do Direito os horizontes metodológicos e doutrinários de uma nova forma de ver esse fenômeno.

Enfim, esse fenômeno foi intensificado recentemente e parece estar se estabelecendo, em definitivo, uma cultura do consumo

9 LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.) Comunicação, cultura e mídias sociais. São Paulo: ECA-USP, 2015. Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado aos 30 de setembro de 2020.

10 KERCKOVE, Derrick de. Ética de transparência na era do Big Data. In Comunicação, cultura e mídias sociais. São Paulo: ECA-USP, 2015, LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.). Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado aos 30 de setembro de 2020.

digital desses serviços cartorários. É nesse cenário que surge um problema para os cartórios e para os usuários de seus serviços: a forma como a comunicação midiática estabelecida pelas empresas que prestam serviços de intermediadores, induz o consumidor à falsa crença de se tratar de um cartório, quando na verdade, não o é.

Esse fenômeno, da apropriação da identidade pela facilitação promovida pela compliance, deve ser estudado à luz da Ciência da Semiótica, pois se defende naquela pesquisa de Doutorado, que a semiótica consegue demonstrar como a interface dos pseudossites induz o receptor consumidor ao erro e como se pode, a partir desse estudo, estabelecer medidas administrativas e legais capazes de impedir essa apropriação indevida de imagem e identidade dos cartórios pelos sites de serviço (pseudosites).

Nesses sites, empresas e empresários ofertam serviços de despachante se utilizando da mídia digital e de uma interface que induz o usuário ao erro de acreditar se tratar de um cartório. Com essa prática, o consumidor, acreditando ser um cartório, compra o serviço pagando até 5 vezes o valor real cobrado pelo cartório, com prazo de entrega no mínimo 2 vezes maior. O prejuízo para o consumidor é de fato muito grande. Já os cartórios, não há um prejuízo financeiro, pois o serviço é prestado por eles através dessa intermediação, mas o desgaste de sua imagem é comprometedor. Os usuários percebem que o valor é alto e que não há uma uniformidade nessa cobrança, comprometendo a unidade dos emolumentos e a modicidade dos serviços cartorários.

Desde o início de 2020, a economia mundial sofreu uma reorganização e a internet se tornou um veículo de suporte para a saúde, para os estudos, para o trabalho em home office, e pela busca de produtos e serviços de forma geral. Natural que a busca pelos serviços cartorários pelas plataformas digitais também crescesse como “uma fera enfurecida”, no dizer de Lúcia Santaella,

ao mencionar Hidegger.¹¹

Como foi dito acima, os cartórios desenvolveram uma TI capaz de facilitar ao usuário o acesso às informações. Nos últimos 5 anos, houve uma revolução na Gestão de Informações - GI e na TI aplicada aos cartórios e isso teve um custo alto para seus desenvolvedores que agora vêm nesses sites, que prestam serviços de intermediação de serviços cartorários, aqui denominados de pseudosites, um oportunismo, no momento de crise, de apropriação gratuita dessas facilidades para explorar o usuário incauto. E tudo ainda fica mais grave exatamente pelo fato de os cartórios terem desenvolvido sistemas super módicos, inteligentes, rápidos e acessíveis, que podem ser operados até por um leigo digital, que se tornam subutilizados em razão da intermediação dos serviços oferecidos por esses sites. Essa intermediação é desnecessária e existe apenas para lesar o consumidor.

3. O ineditismo do tema e da pesquisa

De fato, não existem estudos sobre a proposta deste tema, o que o torna inédito. Em pesquisa no google foi encontrado um artigo, intitulado Cartório: um nome a ser preservado, onde o autor, que é titular de cartório em SP, aborda a problemática do uso indevido do nome cartório por sites de serviço de intermediação. A análise do autor se restringe apenas ao uso indevido do nome¹².

Vale ressaltar que a expressão compliance cartorária está sendo utilizada pela primeira vez nesse trabalho. Foi feita uma

11 SANTAELLA, Lúcia. A cultura digital na berlinda. In Comunicação, cultura e mídias sociais. São Paulo: ECA-USP, 2015, LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.). Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado aos 30 de setembro de 2020.

12 CAMARGO, Marco Antônio de Oliveira. Cartório: um nome a ser preservado. Lei estadual de Santa Catarina regulamentou o uso dos termo “Cartório” e “Cartorio Extrajudicial” naquele Estado. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4249, 18 fev. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36367>. Acesso em: 6 nov. 2020.

pesquisa no google e a resposta da busca foi negativa¹³:



É uma inovação terminológica, uma licença acadêmica, e que pode ser bem definida como conjunto de sistema na GI pelo uso de sofisticadas tecnologias. A base de dados desses sistemas pertence às serventias, são os registros e atos armazenados em seus arquivos. Bem verdade, que o termo compliance é de grande uso no meio da TI, porém a expressão compliance cartorária está sendo alcunhada ineditamente neste trabalho onde se pretende desenvolver com profundidade seu significado.

Ademais, apesar de se tratar de um doutorado acadêmico, os resultados dessa pesquisa terão repercussão prática na medida em que servirão de fonte gabaritada para os órgãos de classe que representam os cartórios¹⁴ legitimarem sua demanda pela proibição dessa prática de apropriação e ao mesmo tempo impedir os grandes prejuízos aos receptores usuários e aos cartórios.

Conclusão

Estudar a compliance cartorária é atual, inédito e essencial. Como se demonstrou ainda que muito resumidamente neste paper, as transformações no âmbito tecnológico estão sendo tremendas e em consequência, muitas de suas funcionalidades

13 Pesquisa feita em 29 de julho de 2020.

14 Os principais órgãos representativos das atividades cartorárias são: ANOREG (Associação dos Notários e Registradores), CNB (Colégio Notarial do Brasil), ARPEN (Associação dos Registradores de Pessoas Naturais), IRIB (Instituto dos Registradores Imobiliários do Brasil), IEPTB (Instituto de Estudos de Protesto do Brasil).

ainda são desconhecidas pela maioria dos usuários e até pelos agentes públicos. No que tange ao compartilhamento de dados, quando esta se opera com o cidadão usuário, os cartórios vêm estabelecendo ambientes de alta disponibilidade, com navegação rápida, segurança no manejo dos dados, modicidade na cobrança e celeridade na prestação do serviço. Importante repisar que a coleta e a organização dos dados pelos cartórios são feitas exclusivamente às custas do titular, que exerce a função de forma particular, ou seja, não é funcionário público, e os custos com equipamentos, mão-de-obra especializada e demais insumos de tecnologia são mantidos privativamente por ele o que faz da compliance cartorária uma reserva de propriedade dos cartórios.

Enfim, esse paper trouxe apenas uma notícia sobre uma pesquisa que deverá se desenvolver em um Doutorado, e que também depende de aceitação acadêmica. Fácil constatar que não há interesse em se desenvolver esse tipo de pesquisa, apesar de sua essencialidade, pois se houvesse já existiriam trabalhos publicados. Enquanto isso não ocorre, segue a divulgação do tema pelos Congressos brasileiros com a colaboração e a cumplicidade dos colegas acadêmicos em difundir a essencialidade de um estudo sobre a compliance cartorária e demonstrar a existência de um grande problema para o usuário e para os cartórios nesse contexto, que é a apropriação da identidade cartorária pelos sites de serviço. A pesquisa ainda está em curso e, em breve, o trabalho será disponibilizado em toda a sua completude.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, C.C. Peirce e a organização da informação: contribuições teóricas da Semiótica e do Pragmatismo. Marília, 2009. 416f. Tese (Doutorado em Ciência da Informação) - PPGCI- Faculdade de Filosofia e Ciências, UNESP, 2009.

ARAUJO, Clarice Von Oertzen de. Semiótica do Direito. São Paulo: Quartier Latin, 1ª edição, 2005.

BARBALHO, C. R. S. Fazer semiótico: subsídios para exame do espaço concreto. Encontros Bibli, Florianópolis, 2º número 2º sem. 2006.

BARROS, Diana Luz Pessoa de. Estudos do texto e do discurso no Brasil. DELTA [online]. 1999, vol.15, nspe, pp.183-199. ISSN 1678-460X. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-44501999000300008>. Acessado aos 30 de maio de 2020.

BAUER, Martin W. e GAKELL, George (eds.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som. Um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

BRAGA, José Luiz. A prática da pesquisa em comunicação: abordagem metodológica como tomada de decisões. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação (E-COMPÓS). Brasília, v.14, n.1, p. 1-33, jan/abr. 2011.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.15 de abr. de 2018.

CÂNDIDO, C. A.; VALENTIM, M. L. P.; CONTANI, M. L. Gestão Estratégica da Informação: semiótica aplicada ao processo de tomada de decisão. DataGramaZero, Rio de Janeiro, v. 6 n. 3, jun. 2005.

CASTELLS, Manuel (2003). Internet e sociedade em rede. In: MORAES, Dênis (org.). Por uma outra comunicação. Rio: Record, pp. 255-287.

ECO, U. Tratado geral de semiótica. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1991.

GASKELL, George (Eds.). Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático. Petrópolis: Vozes, 2002.

JAKOBSON, Roman. Linguística e comunicação. Tradução de Isidoro Blikstein e José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1971.

LARA, Marilda Lopes Ginez de. Termos e conceitos da área de

comunicação e produção científica. In: POBLACION, Dinah Aguiar; WITTER, Geraldina Porto; LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.) Comunicação, cultura e mídias sociais. São Paulo: ECA-USP, 2015. Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado em 20 de julho de 2020.

MATTOS, M. A.; JANOTTI JUNIOR, J.; JACKS, N. (orgs). Mediação & midiatização. Salvador: EDUFBA, 2012. Disponível em: <https://static.scielo.org/scielobooks/k64dr/pdf/mattos-9788523212056.pdf>. Acessado em 02 de junho de 2020.

KERCKOVE, Derrik de. Ética de transparência na era do Big Data. In Comunicação, cultura e mídias sociais . São Paulo: ECA-USP, 2015, LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.). Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado aos 30 de setembro de 2020.

LOPES, M.I.V.; MARTINO, L.C. (orgs.). Pesquisa empírica em comunicação. São Paulo: Paulus, pp. 27-49.

MONTEIRO, S.D. Semiótica Peirceana e a questão da informação e do conhecimento. Encontros Bibli, Florianópolis, 2º número esp., 2º sem. 2006.

PEIRCE, C. S. Semiótica. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. São Paulo: Perspectiva, 1977.

POUPART, Jean et al.. A pesquisa qualitativa. Enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis: Vozes, 2008.

RUDIGER, Francisco. As redes e a armação: da cultura do narcisismo ao fetichismo tecnológico. In Comunicação, cultura e mídias sociais . São Paulo: ECA-USP, 2015, LOPES, M. I. V.; KUNSCH, M. M. K. (orgs.). Disponível em: <http://www3.eca.usp.br/sites/default/files/form/biblioteca/acervo/textos/002759269.pdf>. Acessado aos 30 de setembro de 2020.

SANTAELLA, L. A percepção. São Paulo: Experimento, 1993.

_____. O que é semiótica. São Paulo: Brasiliense, 1983. (Coleção

Primeiros Passos).

_____. Memória e perspectivas da semiótica no Brasil. Intexto, Porto Alegre, UFRGS, n. 37, p. 22-33, set/dez. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Window/Downloads/68862-290807-3-PB.pdf>. Acessado em 26 de agosto de 2020.

SAUSSURE, F. Curso de linguística geral. 7. ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

TOUTAIN, L. M. B. et al. Semiótica e produção de sentido. DataGramZero, Rio de Janeiro, v. 12, n. 1, fev. 2011.

VANZINI, K. V. S. ; ROTHBERG, Danilo . Governo eletrônico, democracia digital e comunicação pública: a presença do Poder Judiciário na internet. Alceu (PUCRJ), v. 17, p. 219-238, 2016.

Breves notas sobre os vieses de uma inteligência artificial (IA): a busca por uma IA não discriminatória

Brief notes on the biases of an artificial intelligence (IA) the search for a non-discriminatory IA

Diego Fontenele Lemos¹

Sumário: Introdução. 1. O que é inteligência artificial? 1.1. Princípios relacionados à inteligência artificial. 2. Vieses e discriminação por meio da inteligência artificial. 2.1. Sistemas discriminatórios. Conclusão

Resumo: As novas tecnologias e suas respectivas relações com o direito estão em voga atualmente. Com a entrada em vigor da nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) em 2020 há uma sensível procura pela melhoria no tratamento e disponibilização dos dados no país. Não se propõe, neste momento, o lançamento de uma lei geral sobre inteligência artificial, mas é preciso cuidado, especialmente, com a forma como os dados são tratados utilizando-se sistemas de IA no que tange a possível discriminação e distorções realizadas pelos sistemas inteligentes. A inteligência artificial, desta maneira, é um dos temas associados à tecnologia mais intrigantes atualmente. Para isso, num primeiro momento é preciso definir alguns conceitos relacionados à inteligência artificial, para em seguida analisar os princípios que permeiam essa área de estudo, particularmente no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Após a análise dos princípios, pode-se discutir, sem esgotar o assunto, os vieses de discriminação por meio da inteligência artificial bem como os sistemas discriminatórios que a IA pode se utilizar para gerar essas distorções de resultado.

1 Mestrando em Direito das Relações Internacionais e da Integração na América Latina pela Universidad de La Empresa (UDE) – Uruguai. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Bacharel em Comunicação Social – Relações Públicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: diegofontenelelemos@gmail.com

Palavras-chave: Inteligência artificial. Discriminações. Novas tecnologias. Direito Digital.

Abstract: New technologies and their respective relationships with law are in vogue today. With the entry into force of the new General Data Protection Act (LGPD) in 2020, there is a significant demand for improved processing and availability of data in the country. It is not proposed at this time to launch a general law on artificial intelligence, but care must be taken, especially with the way data are processed using AI systems with regard to possible discrimination and distortions performed by intelligent systems. Artificial intelligence, in this way, is one of the most intriguing themes associated with technology today. In order to do so, it is first necessary to define some concepts related to artificial intelligence, and then analyze the principles that permeate this area of study, particularly within the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). After analyzing the principles, we can discuss, without exhausting the subject, the biases of discrimination through artificial intelligence as well as the discriminatory systems that AI can use to generate these distortions of outcome.

Keywords: Artificial intelligence. Discriminations. New technologies. Digital law.

Introdução

A inteligência artificial é uma ferramenta extremamente poderosa. Ela é aplicada em diversos setores da economia, do primário ao terciário. Sua construção é feita a partir de algoritmos produzidos pelos desenvolvedores. Busca-se, brevemente, analisar as implicações de eventuais vieses de uma inteligência artificial, como ela se comportaria e o resultado que poderia ocorrer, seja ele negativo ou positivo. Assim, pretende-se compreender a importância significativa do viés na inteligência artificial e as ramificações oriundas dele. Este trabalho pretende analisar, de forma breve, a questão dos vieses de uma inteligência artificial, especificamente no que tange à questão de uma IA não discriminatória. Busca-se analisar se os vieses trazidos à tona por Friedman e Nissenbaum

(vieses: viés pré-existente; viés técnico; e viés emergente), por exemplo, permitem prevenir uma IA não discriminatória. Objetiva-se, assim, verificar como se dá a construção de uma IA discriminatória e todas as nuances que derivam de sua formação, suas origens e afinidades, e suas insuficiências (flawed data collection, flawed data aggregation e normative unresponsiveness) termos trazidos por Tischbirek. Por meio de uma metodologia com fins exploratórios e descritivos, de natureza qualitativa, realizado via embasamento bibliográfico por meio de artigos e livros que discutam a temática de inteligência artificial e seus vieses.

1. O que é inteligência artificial?

O conceito de inteligência artificial (IA) é algo que perpassa diversos campos da ciência. Engenharia, Direito, Ciência da Computação, Ciências Sociais são apenas algumas das áreas que se utilizam das técnicas e meios empregados pela inteligência artificial para avançar em seus respectivos campos de estudo. Antes de adentrar nos conceitos sobre IA faz-se mister destacar a importante questão da chamada “Revolução 4.0”. Schwab (2016) detalha que a quarta revolução industrial abrange muito mais do que máquinas inteligentes e interligadas entre si, o escopo da referida revolução está na união resultante da combinação das novas tecnologias e sua relação com os domínios físicos, digitais e biológicos.

Explicitado o relevante ponto da “Revolução 4.0”, pode-se adentrar ao tema da inteligência artificial, especificamente, seus conceitos. Alguns autores preferem dividir o conceito de inteligência artificial em dois: um conceito para inteligência e outro para artificial. Acredita-se que essa não deva ser a abordagem mais coerente, uma vez que entendemos que os termos, in casu, estão interconectados a ponto de não podermos defini-los de forma isolada. O conceito de inteligência artificial é algo complexo. Não

há uma definição consolidada sobre o termo na doutrina, uma vez que existem diversos elementos, dentre eles a hermenêutica sobre o processo de IA, que influencia no momento da formação de um conceito único.

Russel e Norvig (2013) trazem algumas definições sobre inteligência artificial dividindo-as em quatro categorias²: (a) Uma tentativa que faça com que as máquinas pensem como seres humanos; (b) Um esforço que faça com que as máquinas ajam como seres humanos; (c) Uma tentativa que faça as máquinas pensarem racionalmente; (d) Um esforço que faça com que as máquinas se comportem (ajam) racionalmente. Luger (2013, p. 559), por sua vez, define que inteligência artificial como o “estudo dos mecanismos subjacentes ao comportamento inteligente por meio da construção e da avaliação de artefatos que tentam representar esses mecanismos”.

Shirkin (2020, p. 9) afirma que a inteligência artificial “é um ramo da ciência da computação que lida com o desenvolvimento de computadores ou máquinas que são tão inteligentes quanto os seres humanos”. Para o autor a IA estuda a forma como os humanos pensam, aprendem, tomam decisões e resolvem problemas. A partir da coleta dessas informações os dados abastecem um banco de dados que servirá para desenvolver softwares ou sistemas inteligentes para agir ou pensar como seres humanos. Shirkin (2020, p. 9-10) elenca uma série de objetivos da inteligência artificial, dentre os quais merecem destaque: “(a) replicar a inteligência humana; (b) construir máquinas que podem realizar tarefas que exigem inteligência humana; (c) criar sistemas

2 Recomenda-se a leitura de Russel e Norvig (2013) sobre as definições sobre inteligência artificial e a classificação realizados pelos autores. Dentre os conceitos trazidos pelos autores podemos destacar: “o novo e interessante esforço para fazer os computadores pensarem [...] com mentes, no sentido total e literal (HAUGELAND, 1985)” ou “o estudo das computações que tornam possível perceber, raciocinar e agir.” (WINSTON, 1992) ou “a automação de atividades associadas ao pensamento humano, como a tomada de decisões e resolução de problemas” (BELLMAN, 1978) ou ainda: “A arte de criar máquinas que executam funções que exigem inteligência quando executadas por pessoas (KURZWEIL, 1990)”.

capazes de mostrar um comportamento inteligente”.

É importante destacar que “a máquina vem não para criar, mas sim para realizar atividades determinadas pelos próprios seres humanos, e é nesse aspecto que as novas tecnologias são importadas para o mundo jurídico, em especial a Inteligência Artificial” (FELIPE; PERROTA, 2018, p.2).

Outra conceituação sobre o termo percebe a mesma como “a capacidade de um sistema de interpretar dados externos corretamente, de aprender com esses dados e de usar esses aprendizados para atingir objetivos e tarefas específicas por meio de adaptação flexível” (KAPLAN; HAENLEIN, 2018, p. 3)³. A inteligência artificial utiliza-se de informações externas para reconhecer regras e padrões subjacentes fazendo uso de técnicas de aprendizado de máquinas (machine learning) que permite que os computadores aprendam sem a necessidade de serem programados manualmente. A IA envolve especialmente a capacidade de um sistema inteligente de receber dados e utilizá-los, com base no aprendizado de máquinas, para realizar uma ação, seja por meio de um robô ou um sistema inteligente (KAPLAN; HAENLEIN, 2018).

Kaplan e Haenlein (2018) afirmam que o desempenho da inteligência artificial está relacionado a presença de três habilidades ou competências: (a) inteligência cognitiva; (b) inteligência emocional e (c) inteligência social. A primeira habilidade está relacionada ao reconhecimento de padrões e pensamentos sistemáticos; a segunda e a terceira competências estão relacionadas às habilidades emocionais e sociais que podem ser aprendidas e que são passíveis de serem reproduzidas, por meio de treinamentos para reconhecimentos, pelos sistemas inteligentes de IA.

Diante disso, classificam-se os sistemas de inteligência

3 Recomenda-se a leitura de GARDNER, H. (1999). *Intelligence reframed: Multiple intelligences for the 21st century*. New York, NY: Basic Books; MCCARTHY, J., MINSKY, M. L., ROCHESTER, N., & Shannon, C. E. (1955). A proposal for the Dartmouth summer research project on artificial intelligence. Disponível em <http://www-formal.stanford.edu/jmc/history/dartmouth/dartmouth.html>; MINSKY, M. L. (1968). *Semantic information processing*. Cambridge, MA: MIT Press.

artificial, baseados nas competências acima mencionadas, em três grupos: Uma inteligência artificial analítica que detém características semelhantes a inteligência cognitiva, isto é, com base em aprendizados e experiências anteriores é possível a tomada de decisões futuras, ou seja, a IA vem a deliberar conforme decisões tomadas anteriormente por ela. O segundo tipo de inteligência artificial é chamado de IA de inspiração humana, pois é constituída de inteligência cognitiva e emocional. Esse tipo de sistema, além do subsídio cognitivo já explicado anteriormente, permite ao sistema identificar emoções humanas e levá-las em consideração no processo de tomada de decisão. O terceiro tipo de inteligência artificial é chamado de IA humanizada e possui as três competências já mencionadas acima (cognitiva, emocional e social) e são dotados de capacidade autoconsciente, porém esse tipo de sistema ainda não está completamente disponível, especialmente em suas interações com outros sistemas ou humanos (KAPLAN; HAENLEIN, 2018).

1.1. Princípios relacionados à inteligência artificial

Em 2018 foi instituída a Declaration on Ethics and Protection in Artificial Intelligence durante a International Conference of Data Protection que estabeleceu diretrizes éticas relacionadas a IA, dentre as quais destacam-se a redução de preconceitos e discriminações durante o desenvolvimento e aplicação da IA (HARTMANN PEIXOTO, 2020).

Os princípios elencados na Declaration on Ethics and

Protection in Artificial Intelligence⁴ são um primeiro passo para uma governança internacional em inteligência artificial. Em particular, o sexto princípio, que trata dos vieses e discriminações ilegais diz que “unlawful biases or discriminations that may result from the use of data in artificial intelligence should be reduced and mitigated”. Esse princípio, consoante (Polonski, 2018, n.p): “inerente a essa noção, está a afirmação de que a IA precisa ser avaliada em um conjunto mais amplo de critérios éticos e legais; não apenas com base na precisão da classificação e de matrizes confusas”.

Polonsky, por sua vez, propõe os seguintes princípios relativos à justiça preditiva: (a) Representation tem como finalidade proteger contra preconceitos injustos e busca um equilíbrio de representação nas bases de dados objetivando evitar a sub-representação durante o período de treinamento. Por sua vez, isso também significa que modelos tendenciosos devem passar novamente pela fase de treinamento com o intuito de reduzir eventuais distorções (POLONSKY, 2018); (b) Protection torna indispensável que os sistemas baseados em aprendizado de máquinas (machine learning) evitem efeitos injustos em parcelas da população em condições de vulnerabilidade, incluindo raça, etnia, gênero, nacionalidade, orientação sexual, religião e vertentes políticas (POLONSKY, 2018).

A IA e seu algoritmo devem ser julgados pela forma como

4 Os princípios delimitados, originalmente, pela International Conference of Data Protection & Privacy Commissioners (ICDPPC) na Declaration on Ethics and Protection in Artificial Intelligence são: 1. Artificial intelligence and machine learning technologies should be designed, developed and used in respect of fundamental human rights and in accordance with the fairness principle 2. Continued attention and vigilance, as well as accountability, for the potential effects and consequences of, artificial intelligence systems should be ensured 3. Artificial intelligence systems transparency and intelligibility should be improved, with the objective of effective implementation 4. As part of an overall “ethics by design” approach, artificial intelligence systems should be designed and developed responsibly, by applying the principles of privacy by default and privacy by design 5. Empowerment of every individual should be promoted, and the exercise of individuals’ rights should be encouraged, as well as the creation of opportunities for public engagement 6. Unlawful biases or discriminations that may result from the use of data in artificial intelligence should be reduced and mitigated. Para um maior aprofundamento sobre os referidos princípios recomenda-se a leitura em: https://www.huntonprivacyblog.com/wp-content/uploads/sites/28/2018/10/ICDPPC-40th_AI-Declaration_ADOPTED.pdf

afetam os indivíduos vulneráveis “posto que o sistema treinará e será testado em referenciais de dados de uma realidade desigual e repleta de preconceitos, bem como a possibilidade de correção de desvios detectados nas permanentes checagens da aplicação” (HARTMANN, 2020, pos.455; POLONSKY, 2018); (c) Stewardship: os sistemas de aprendizado de máquina possuem responsabilidade ativa na contínua busca pela justiça por meio de uma cultura inclusiva em que haja condições para lidar com os preconceitos injustos do aprendizado de máquinas (POLONSKY, 2018); (d) Authenticity está relacionada não só à autenticidade e confiabilidade dos dados, mas também à autenticidade das predições da IA, uma vez que as mesmas servirão de subsídio para tomadas de decisão (POLONSKY, 2018).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estabeleceu princípios com a finalidade de promover a inteligência artificial de forma confiável e inovadora da mesma forma que respeita os direitos humanos e a democracia. O G-20, grupo dos vinte países mais ricos do mundo, adotou os princípios estabelecidos pela OCDE sobre inteligência artificial.

Os princípios⁵ concebidos pela OCDE são, em suma: uma inteligência artificial que beneficie as pessoas auxiliando no seu desenvolvimento; um sistema de IA que respeite os direitos humanos, valores democráticos, estado de direito e a diversidade; uma IA que seja transparente e uma responsabilização do sistema de IA; os sistemas de IA devem funcionar de forma segura, protegida, confiável, avaliando e gerenciando os riscos a todo instante; responsabilização de organizações e desenvolvedores seja na operação ou implantação dos sistemas de IA;

2. Vieses e discriminação por meio da inteligência artificial

A relação entre inteligência artificial e direito vem sendo discutida há algum tempo. Alguns acreditam que a utilização da tecnologia pode levar a tomadas de decisão equivocadas, tendenciosas ou mesmo preconceituosas. Outro questionamento comum diz respeito à priorização da eficiência (grande quantidade

5 Os princípios relacionados à inteligência artificial idealizados pela OCDE são: (i) AI should benefit people and the planet by driving inclusive growth, sustainable development and well-being. (ii) AI systems should be designed in a way that respects the rule of law, human rights, democratic values and diversity, and they should include appropriate safeguards – for example, enabling human intervention where necessary – to ensure a fair and just society. (iii) There should be transparency and responsible disclosure around AI systems to ensure that people understand AI-based outcomes and can challenge them. (iv) AI systems must function in a robust, secure and safe way throughout their life cycles and potential risks should be continually assessed and managed. (v) Organisations and individuals developing, deploying or operating AI systems should be held accountable for their proper functioning in line with the above principles. Traduziu-se do original: (i) A IA deve beneficiar as pessoas e o planeta ao impulsionar o crescimento inclusivo, o desenvolvimento sustentável e o bem-estar. (ii) Os sistemas de IA devem ser concebidos de forma a respeitar o Estado de Direito, os direitos humanos, os valores democráticos e a diversidade, e devem incluir salvaguardas adequadas - por exemplo, permitindo a intervenção humana quando necessário - para garantir uma sociedade justa e justa; (iii) Deve haver transparência e divulgação responsável em torno dos sistemas de IA para garantir que as pessoas entendam os resultados baseados em IA e possam desafiá-los. (iv) Os sistemas de IA devem funcionar de forma robusta, segura e protegida ao longo de seus ciclos de vida e os riscos potenciais devem ser avaliados e gerenciados continuamente. (v) Organizações e indivíduos desenvolvendo, implantando ou operando sistemas de IA devem ser responsabilizados por seu funcionamento adequado de acordo com os princípios acima. Recomenda-se a leitura do sítio da OCDE sobre os princípios da inteligência artificial disponível em <http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/>

de atividades realizadas pelos sistemas inteligente) que seria contrário ao interesse da justiça, opondo-se ao devido processo legal e à paridade de armas (HARTMANN, 2020).

Por trás do viés tecnológico, é necessário delimitar o conceito. No sentido amplo ele pode ser compreendido como uma simples inclinação a algo, uma tendência a escolher determinada posição sobre alguma coisa. O termo também pode ser referido a “sistemas informáticos que discriminam sistemática e injustamente certos indivíduos ou grupos de indivíduos em favor de outro” (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997, p. 332)⁶.

O sistema de inteligência artificial apresenta um viés ao negar uma oportunidade ou algo a alguém ou mesmo atribuir o efeito de uma ação indesejada a um determinado indivíduo específico ou grupo de indivíduos de forma arrazoada ou imprópria. Destacam-se, contudo, dois pontos relevantes: O primeiro diz que somente a discriminação injusta não gera de forma automática o preconceito, a não ser que este ocorra de forma sistêmica. Por vezes essa discriminação injusta tem origem em um erro ou falha aleatória no sistema. O sistema, in casu, pende ao erro aleatório, não ao viés discriminante. O segundo ponto diz que a discriminação sistêmica não gera preconceitos, a não ser que se cerque de um resultado injusto, isto é, apesar de injustificado o erro sistêmico não pode ser considerado tendencioso por não envolver injustiça. (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997).

Friedman e Nissenbaum (1997) delimitaram a existência de três categorias que abrangem os vieses, quais sejam: (a) viés pré-existente; (b) viés técnico; e (c) viés emergente. O viés pré-existente tem origem nas instituições sociais, nas práticas e atitudes, que podem ser compreendidas também como costumes e a cultura de cada indivíduo. Desta forma os sistemas de inteligência artificial se revestem de preconceitos, advindos, por vezes, dos seus desenvolvedores, antes do sistema ser criado.

6 No original: “computer systems that systematically and unfairly discriminate against certain individuals or groups of individuals in favor of others”.

Há, nesse caso, a incorporação do viés no sistema (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997). “Os preconceitos pré-existentes podem ter origem na sociedade em geral, em subculturas e em organizações e instituições formais ou informais, privadas ou públicas. Eles também podem refletir os vieses pessoais de indivíduos que têm uma contribuição significativa no projeto do sistema, tais como o cliente ou o projetista do sistema⁷” (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997, p.333). Os autores destacam ainda que esse tipo de viés pode ser introduzido no sistema de maneira deliberada ou explícita ou mesmo de forma não consciente e implícita. O viés pré-existente pode ser subdividido em dois tipos: (i) individual: aquele que tem origem na inserção de dados ou códigos com viés discriminatório por parte do desenvolvedor, cliente ou projetista; (ii) societário: aquele que tem origem nos usos e costumes de uma sociedade, organização (indústria e afins), instituição (governamental ou não governamental) ou cultura de um lugar (região, estado, país) (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997).

O segundo tipo de viés é conhecido como técnico. O referido viés tem origem a partir das deliberações acerca do projeto técnico, isto é, esse processo ocorre de maneira estritamente técnica, ou seja, se dá por limitações de hardware ou software, problemas de desenvolvimento do algoritmo sistêmico após a atribuição de significados sociais ao algoritmo. Em suma, o viés técnico se origina, dentre outros, de restrições ou considerações técnicas sejam elas ferramentas de informática, incluindo nesse sentindo uma limitação de tecnologias e algoritmos descontextualizados que tratam grupos de indivíduos de maneira injusta (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997).

the process of ascribing social meaning to algorithms developed out of context; imperfections in pseudorandom number generation; and the attempt to make human constructs amenable to computers, when we quantify

7 No original: “Preexisting biases may originate in society at large, in subcultures, and in formal or informal, private or public organizations and institutions. They can also reflect the personal biases of individuals who have significant input into the design of the system, such as the client or system designer”.

the qualitative, discretize the continuous or formalize the nonformal (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997)⁸.

O terceiro tipo de viés é conhecido como emergente e ocorre em um determinado contexto de uso. “This bias typically emerges sometime after a design is completed, as a result of changing societal knowledge, population, or cultural values”⁹ (FRIEDMAN; NISSENBAUM, 1997, p.336).

2.1. Sistemas discriminatórios

A doutrina ainda não estabeleceu entendimento acerca dos motivos pelos quais os sistemas de inteligência artificial tornam-se discriminatórios uma vez que eles são baseados em operações estatísticas. Contudo, a discriminação realizada pela inteligência artificial pode ter origens em três diferentes insuficiências: (a) flawed data collection; (b) flawed data aggregation; e (c) normative unresponsiveness (TISCHBIREK, 2020).

No que diz respeito ao flawed data collection a referida insuficiência trata da falta de dados de treinamento que podem acarretar resultados insuficientes ou discriminatórios. Entende-se que dados com viés podem gerar resultados tendenciosos. “Such an ‘input bias’ may stem from either an under- or an overrepresentation of a protected group”. Assim, se o sistema de inteligência artificial está sendo abastecido com dados com viés tendencioso é possível que os resultados também apresentem um viés semelhante ao alocado no sistema (TISCHBIREK, 2020, p. 105).

A partir de um modelo preditivo de inteligência artificial alocado com dados que possuem um viés tendencioso os resultados a curto, médio e longo prazo serão produzidos com

8 Traduziu-se: “O processo de atribuição de significado social a algoritmos desenvolvidos fora do contexto; imperfeições na geração de números pseudoaleatórios; e a tentativa de tornar os construtos humanos acessíveis aos computadores, quando quantificamos o qualitativo, discretizamos o contínuo ou formalizamos o não-formal”.

9 Traduziu-se: “Este viés tipicamente emerge algum tempo após a conclusão de um projeto, como resultado de mudanças no conhecimento social, na população ou nos valores culturais”.

o mesmo viés empregado na alocação dos referidos dados de entrada. Quanto mais resultados enviesados o sistema produzir, mais distorcido o sistema se tornará, pois se retroalimentará com resultados enviesados produzidos por si, resultando em um looping de feedback altamente distorcidos.

A sub-representação de dados também é um problema que se apresenta. Ao não alocar dados em um sistema de IA que representem a sua totalidade de opções, o sistema poderá apresentar um viés discriminatório em função da sub-representatividade daquela parcela dos dados. Isto é, se os dados alocados no sistema não representam todas as opções disponíveis, há a possibilidade de o sistema distorcer o resultado, pois ele não foi instruído ou ensinado a interpretar aquela parcela de dados como um resultado válido.

A Flawed Data Aggregation pode ser compreendida como um motivo para uma IA discriminatória. Os dados alocados no sistema inicialmente (incluindo a fase de treinamento) possuem representação em sua totalidade, porém um viés é adicionado posteriormente ao processo. A “AI may be trained through an initial step of manual data aggregation.¹⁰ Inconsistencies in data labelling during this period of manual training may now serve as examples for subsequent automated decisions and, hence, continue to affect AI behavior” (TISCHBIREK, 2020, p. 106).

Isto é, se um viés foi introduzido em um sistema de alocação de dados, que possui representação em sua totalidade, é possível que essa distorção ocasionada pelo viés seja replicada futuramente pelo sistema garantindo assim um viés discriminatório sobre o banco de dados.

É preciso destacar também o papel do usuário para as diferentes agregações de dados do sistema. Com os dados introduzidos no sistema em fase de treinamento, o comportamento do usuário ao associar um determinado dado a um fator negativo e um determinado dado a um fator positivo, irá correlacionar o comportamento do usuário ao dado associado por ele no sistema.

Isso acarretará o chamado “looping de feedback”, pois à medida que o usuário associe os dados a fatores positivos ou negativos, o sistema, mais uma vez, se retroalimentará, associando dados semelhantes aos positivos como positivos e negativos aos negativos causando um viés discriminatório que se perpetuará.

“Again, this entails the problem of a feedback loop; and again, AI’s results cannot be better than the data that it was fed with. If a bias is (subsequently) inscribed in the data and the way we interpret it, AI is likely to reproduce and, hence, to reinforce it” (TISCHBIREK, 2020, p. 106).

Por fim, a normative unresponsiveness pode ser compreendida como a utilização de forma complexa de um sistema de inteligência artificial que associa os dados coletados do usuário (coletados de forma permitida ou não) para traçar perfis específicos, permitindo às empresas alocarem determinados produtos ou serviços diretamente para aqueles usuários. Quanto maior o número de dados alocados no sistema maior a possibilidade de dados cruzados serem associados entre si permitindo assim um direcionamento a um determinado público. Isso pode trazer uma série de vieses discriminatórios pois, mesmo que os dados sejam anônimos, a correspondência entre si permitirá uma associação entre eles, direcionando ao usuário um determinado produto ou serviço.

Conclusão

A Inteligência Artificial é algo que está sendo introduzida no cotidiano das pessoas. É uma tecnologia que ainda não está completamente desenvolvida e que depende de grandes dados para que possa operar corretamente. A alocação desses dados deve ser feita de maneira segura, ética e responsável, da mesma forma que a criação dos algoritmos que compõem a inteligência artificial devem ser pautados por princípios que protejam as

peessoas e evitem injustiças e discriminações. A inteligência artificial reflete puramente os valores de quem a cria, reproduzindo crenças, opiniões, vieses discriminatórios ou não. Em razão disso existe a necessidade de ela ser construída sob uma perspectiva estritamente ética, sem vieses ou distorções de seus criadores. Por fim, é preciso cuidado com sistemas de IA que retroalimentem com resultados enviesados e a sub-representatividade de parcela dos dados, pois isso acarretará numa IA discriminatória.

Vale destacar a importância da inteligência artificial focada no ser humano, uma vez que é preciso garantir que o sistema de inteligência artificial esteja de acordo com os valores humanos, desde seu desenvolvimento até a fase de controle garantindo que o referido sistema está alicerçado nos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana evitando um sistema de inteligência artificial com viés discriminatório (ABRUSIO, 2020).

Referências

ABRUSIO, Juliana Cana. Proteção de dados na cultura do algoritmo. 1ªed. Belo Horizonte. São Paulo: D'Plácido, 2020

FELIPE, Bruno Farage da Costa; PERROTA, Raquel Pinto Coelho. Inteligência artificial no direito – uma realidade a ser desbravada. In: Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias, Salvador. v. 4. n. 1. p. 01-16 | Jan/Jun. 2018

FRIEDMAN, Batya; NISSENBAUM, Helen. Bias in Computer Systems. In: ACM Transactions on Information Systems, v. 14, n. 3, p. 330-347, jul. 1996,

HARTMANN PEIXOTO, Fabiano. Inteligência artificial e direito: convergência ética e estratégica. 1.ed. – Curitiba: Alteridade Editora, 2020.

ICDPPC. International Conference of Data Protection & Privacy Commissioners. Declaration on ethics and data protection in artificial intelligence. Disponível em: <https://www.huntonprivacyblog>.

com/wp-content/uploads/sites/28/2018/10/ICDPPC-40th_AI-Declaration_ADOPTED.pdf Acesso em: 11 dez 2020

KAPLAN, Andreas; HAENLEIN, Michael. Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence. In: Business Horizons, Volume 62, Issue 1, p.15-25, 2019.

LUGER, George F. Inteligência artificial. 6ª edição. São Paulo: Pearsen Education do Brasil, 2013.

OCDE. AI principles. Disponível em: <http://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/> Acesso em: 12 dez 2020

POLONSKI, Vyacheslav. Mitigating algorithmic bias in predictive justice: 4 design principles for AI fairness: Algorithms are being used to convict criminals and decide jail time. We need to make sure they are fair. 2018. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/mitigating-algorithmic-bias-in-predictive-justice-ux-design-principles-for-ai-fairness-machine-learning-d2227ce28099> Acesso em: 18/12/2020.

RUSSELL, Stuart J; NORVIG, Peter. Inteligência artificial. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SCHWAB, Klaus. A quarta revolução industrial. São Paulo: Edipro, 2016.

SHIRKIN, Roman. Artificial Intelligence: The Complete Beginners' Guide to Artificial Intelligence. Amazon KDP Printing and Publishing, 2020.

TISCHBIREK, Alexander. Artificial Intelligence and Discrimination: Discriminating Against Discriminatory Systems. In. WISCHMEYER, Thomas; RADEMACHER, Timo. Regulating Artificial Intelligence. Cham: Springer, 2020

Meio ambiente equilibrado como meio de garantir a dignidade da pessoa humana

Balanced Environment as a means to ensure the dignity of the human person

Dinara de Arruda Oliveira¹

Sumário: 1. Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana; 2. Meio Ambiente e a Constituição Federal; 3. Dignidade Humana; 4. Meio Ambiente e a Dignidade da Pessoa Humana; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho tem, como objetivo, trazer algumas reflexões iniciais sobre a relação entre o meio ambiente equilibrado e saudável e, a concretização efetiva da dignidade da pessoa humana. Tanto a dignidade da pessoa humana, quanto o direito ao meio ambiente encontram-se resguardados pela Constituição e fazem parte dos Direitos Fundamentais. O meio ambiente é uma simbiose do ambiente com o homem, o seu uso tem que ser de forma sustentável para que os padrões das sociedades e culturas enquadrem nos riscos do bem ambiental ser degradados. Um dos princípios resguardados pela Constituição Federal brasileira é a defesa do meio ambiente, já que com a proteção do meio ambiente se resguarda, em última análise, a própria dignidade da pessoa humana, pois propicia melhores condições de vida a todos os seres humanos. É papel do Estado, como um todo, orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, assim como, a dar condições para que a dignidade possa ser efetivada e, um dos principais pontos para a efetivação dessa dignidade é justamente a preservação do meio ambiente. Nota-se a importância em compatibilizar-se a proteção do ser humano e do meio ambiente, e, por esse motivo,

1 Doutora em Direito do Estado, Subárea Direito Urbanístico, pela PUC/SP. Mestre em Direito, área de Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, pela UNIMAR - Universidade de Marília-SP. Pós Graduada em Direito Processual Civil, pela UNIC - Universidade de Cuiabá. Graduada em Direito, pela UFMT - Universidade Federal de Mato Grosso. Conselheira Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso. Membro da Comissão Nacional de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB, desde 2010. Conselheira da ESA - Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Mato Grosso. Professora Universitária. Advogada. Endereço eletrônico: dinara@terra.com.br

torna-se imprescindível que o Estado, conjuntamente com a sociedade, implemente políticas públicas que possam desenvolver o meio ambiente de forma que ocorra a melhoria na qualidade de vida de todos, em conformidade com o disposto na Constituição Federal. Dessa forma verifica-se que o meio ambiente protegido e equilibrado auxilia na garantia da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Meio Ambiente; Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: This work aims to bring some initial reflections on the relationship between the balanced and healthy environment and the effective realization of the dignity of the human person. Both the dignity of the human person and the right to the environment are protected by the Constitution and are part of Fundamental Rights. The environment is a symbiosis of the environment with man, its use has to be sustainable so that the standards of societies and cultures fit into the risks of the environmental good being degraded. One of the principles protected by the Brazilian Federal Constitution is the defense of the environment, since with the protection of the environment, ultimately, the very dignity of the human person is protected, as it provides better living conditions for all human beings. It is the role of the State, as a whole, to orient itself in order to preserve the dignity of the individual, as well as to provide conditions for the dignity to be realized and, one of the main points for the realization of this dignity is precisely the preservation of the environment. It is noted the importance of making the protection of human beings and the environment compatible, and, for this reason, it is essential that the State, together with society, implement public policies that can develop the environment in a way that there is an improvement in everyone's quality of life, in accordance with the provisions of the Federal Constitution. Thus, it appears that the protected and balanced environment helps to guarantee the dignity of the human person

Keywords: Fundamental rights; Environment; Dignity of human person.

1. Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana:

Os direitos fundamentais estão intrinsecamente ligados

ao conceito de dignidade da pessoa humana, posto que quando se fala em direito fundamental este está ligado ao indivíduo, à conservação de sua própria dignidade.

Os direitos fundamentais, conforme destaca Uadi Lammêgo Bulos:

[...] são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.²

Já, para José Afonso da Silva os direitos fundamentais não são uma mera limitação estatal, mas uma limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dele dependem. Assim, estes direitos servem não só para proteger o homem de eventuais arbitrariedades do Poder Público, como também obriga o Estado a tomar providências que possibilitem melhorias nas condições sociais dos cidadãos³, ressaltando, portanto, a intrínseca relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, já que os direitos fundamentais tem como função primordial resguardar, na prática, os indivíduos, resguardando e protegendo a igualdade entre eles.

Vicente Greco Filho eleva a dignidade; o valor da pessoa humana, como fundamento do próprio Direito, apontando a importância do conteúdo valorativo do Direito, sendo que: “todas as consagrações constitucionais dos direitos individuais supõem a existência de alguns direitos básicos da pessoa humana, os quais pairam, inclusive acima do Estado, porquanto este tem como um de seus fins principais a garantia desses direitos.” Além disso, ressalta que: “O direito talvez cronologicamente coincida com o homem e a sociedade, mas não pode ser entendido senão em função da realização de valores, no centro dos quais se encontra o valor da

2 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 526.

3 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 181.

pessoa humana.”⁴ até porque a ordem jurídica não teria sentido algum se não tivesse como finalidade a realização dos referidos valores.

2. Meio Ambiente e a Constituição Federal

O meio ambiente é uma simbiose do ambiente com o homem, o seu uso tem que ser de forma sustentável para que os padrões das sociedades e culturas enquadrem nos riscos do bem ambiental ser degradados.

Assim, a necessidade de uma sistematização e um reconhecimento do direito ambiental como direito humano está na Declaração ao Desenvolvimento em seu artigo 5º:

O Direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.⁵

Cançado Trindade esclarece que o a proteção ambiental e humana:

Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo; a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano.⁶

Um dos princípios resguardados pela Constituição Federal brasileira é a defesa do meio ambiente, posto ser uma preocupação constante no referido Texto Maior, como se depreende da leitura do mesmo. A Constituição visa a proteção do meio ambiente, para que se resguarde, em última análise a própria dignidade da pessoa

4 GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

5 ONU, Resolução 41/128, 1985.

6 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio Ambiente, Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 23.

humana, pois propicia melhores condições de vida a todos os seres humanos.

Celso Ribeiro Bastos lembra que foi a partir da Constituição de 1988 que o meio ambiente passou a ser tratado como um princípio constitucional, o que para ele pode ser explicado em face de uma maior conscientização da humanidade para os problemas gerados pelo descaso com o meio ambiente, sendo imperativo a utilização de forma racional do mesmo, já que a humanidade necessita de um ambiente equilibrado e saudável para sua própria sobrevivência. Assim:

A defesa do meio ambiente, é sem dúvida, um dos problemas mais cruciais da época moderna. Os níveis de desenvolvimento econômico, acompanhados da adoção de práticas que desprezam a preservação do meio ambiente, têm levado a uma gradativa deteriorização deste, a ponto de colocar em perigo a própria sobrevivência do homem.⁷

Além disso, o Art. 225 da Constituição Federal trata da responsabilidade do Poder Público (em qualquer instância), no tocante às práticas ambientais ilícitas e danosas, já que incumbe ao Poder Público assegurar que todos tenham a possibilidade de usufruir de um ambiente ecologicamente equilibrado, em face de ser de uso comum do povo, além de essencial à sadia qualidade de vida e, portanto, imprescindível para a efetividade da dignidade da pessoa humana.

O art. 225 da Constituição Federal trouxe a responsabilidade direta do Poder Público – federal, estadual e municipal – em relação às práticas ambientais ilícitas e danosas, com evidente reforço legislativo à normas de natureza infraconstitucional.

A responsabilidade civil constitucional de natureza objetiva permite que qualquer pessoa física, jurídica ou mesmo sem personalidade jurídica, tais como o espólio e a massa falida etc., seja acionada civilmente para responder pelas ilicitudes e danos ambientais.

[...] A legitimidade passiva no processo coletivo ambiental é aberta, ou seja, pertence a todos aqueles que contribuíram ativa e passivamente para a pratica do dano ou ilícito ambiental, conforme o mandamento do art. 225 da

7 BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito econômico. São Paulo: Celso Bastos, 2004, p. 156/159.

Constituição Federal.⁸

A Constituição Federal brasileira, além do já citado Art. 225, resguarda o meio ambiente em vários dispositivos, como é o caso do Art. 186, que trata dos requisitos que devem ser cumpridos para que se considere que a propriedade conseguiu atingir sua função social. Assim, a função social da propriedade rural é cumprida quando se utiliza de forma adequada dos recursos naturais disponíveis, preservando-se o meio ambiente.

Além disso, no Art. 170 também se demonstra a importância da proteção do meio ambiente, posto que a própria ordem econômica, por exemplo, é limitada por alguns princípios, dentre eles a defesa do meio ambiente.

A Constituição da República de 1988, seguindo a tendência do mundo, hoje globalizado, trouxe o Direito econômico, em seu bojo, procurando primar pelo social, estabelecendo regras e limites à ordem econômica, com fins de resguardar o ser humano, dando-lhe oportunidade de uma vida digna, primando pelo trabalho, justiça social, defesa do consumidor, do meio ambiente (protegendo as gerações presentes e futuras), redução das desigualdades regionais e sociais e, limitando o direito à propriedade, exigindo que a mesma cumpra sua função social, como preceitua o Art. 170:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I- soberania nacional;

II- propriedade privada;

III- função social da propriedade;

IV- livre concorrência;

V- defesa do consumidor;

VI- defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

8 SOUZA, Jadir Cirqueira de. Ação civil pública ambiental, São Paulo: Pillares, 2005, p. 190/192.

VII- redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII- busca do pleno emprego;

IX- tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.⁹

Comentando o supra transcrito Art. 170, o doutrinador André Ramos Tavares, assim se posiciona:

Além daqueles princípios fundamentais – livre iniciativa e valor social da iniciativa humana – enumerados em seu caput, o art. 170 das Constituição relaciona em seus nove incisos os princípios constitucionais da ordem econômica, afirmando que esta tem por fim assegurar a existência digna, conforme os ditames da justiça social, respeitados os seguintes princípios: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Estes princípios perfazem um conjunto cogente de comandos normativos, devendo ser respeitados e observados por todos os “Poderes”, sob pena de inconstitucionalidade do ato praticado ao arrepio de qualquer deles. Portanto, serão inadmissíveis (inválidas) perante a ordem constitucional as decisões do Poder Judiciário que afrontarem estes princípios, assim como as leis e qualquer outro ato estatal que estabelecer metas e comandos normativos que, de qualquer maneira, oponham-se ou violem tais princípios. (grifo do autor).¹⁰

Em outra oportunidade, o mesmo autor trata das finalidades da ordem econômica, tendo constatado que a existência digna e a justiça social são os objetivos primordiais dessa ordem, a serem atingidos por intermédio da implementação dos ditames constitucionais, justificando, assim, a intervenção do Estado no domínio econômico, ressaltando-se a necessidade de conservação do meio ambiente para atingir o bem de todos e isso é feito até mesmo com a limitação na economia.

9 BRASIL. Constituição da república federativa do Brasil, 1988.

10 TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003, p. 134.

Desta maneira, percebe-se que a Constituição limita, objetivando o bem comum, a iniciativa privada, restringindo dessa forma o próprio regime capitalista, na tentativa de dar melhores condições de vida a todos os indivíduos, garantindo-lhes uma existência digna.

O interesse coletivo, pelos valores constitucionais, está acima do interesse privado, passando a prevalecer (quando há conflito entre as normas), como disciplinado pela Constituição da República de 1988, os princípios que norteiam a pessoa humana (e sua dignidade), sendo estes, o primado do trabalho, na dignidade, a preservação e conservação do ambiente, o direito do consumidor, dentre outros. Assim, a Constituição, apesar de resguardar, também os interesses privados, como, por exemplo, o interesse das empresas de iniciativa privada, não permite que estes prejudiquem os demais princípios constitucionais, servindo os mesmos de barreira aos primeiros, na medida em que a iniciativa privada tem o direito à livre iniciativa e à livre concorrência, não podendo, todavia, colidir, por exemplo, e, especialmente, com a dignidade da pessoa humana e, da mesma forma, não podendo infringir o direito ambiental, entre outros, devendo, ainda, utilizar a propriedade privada de forma a cumprir o seu papel social.

Assim, a própria Constituição Federal limitou a atividade econômica, quando se tratar da defesa do meio ambiente, entre outros casos. E, a proteção ao meio ambiente é tão importante que chega até a ultrapassar o direito adquirido e a coisa julgada, como bem aponta Hugo Nigro Mazzilli:

Em matéria ambiental, a consciência jurídica indica a inexistência de direito adquirido de degradar a natureza. [...] Afinal, não se pode formar direito adquirido de poluir, já que é o meio ambiente patrimônio não só das gerações atuais como futuras.

[...] Ora, não se pode admitir, verdadeiramente, a formação de coisa julgada ou direito adquirido contra direitos fundamentais da humanidade; não existe o suposto direito de violar o meio ambiente e destruir as condições do próprio habitat do ser humano. Como admitir a formação de direitos adquiridos e coisa julgada em grave detrimento até mesmo

de gerações que ainda nem nasceram?! [...] Não se invocará direito adquirido para se escusar de obrigações impostas por normas de ordem pública com o escopo de proteger o meio ambiente".¹¹

3. Dignidade da Pessoa Humana e o Meio Ambiente

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e, proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, protege e asseguram direitos a todos os seres humanos, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, em face de que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo. Assim, pode-se considerar o princípio da dignidade da pessoa humana, como um metaprincípio; estes como modais deônticos, dentro da Constituição Federal.

Em relação à dignidade, pode-se afirmar que é algo que pertence a cada um, não podendo, portanto, ser transferido, ser doado etc., pois se assim o fosse deixaria de existir, não havendo, desse modo, qualquer limite a ser respeitado. Além disso, como obrigação tem-se que ao Estado somente é permitido seguir, desde que não desrespeite o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro ponto de destaque, é que a dignidade da pessoa humana, deve ser averiguada, de forma concreta, dentro do contexto social em que o indivíduo está inserido, posto que este não vive isolado, como traz Rizzato Nunes:

[...] acontece que nenhum indivíduo é isolado. Ele nasce, cresce e vive no meio social. E aí, nesse contexto, sua dignidade ganha – ou como veremos, tem o direito de ganhar – um acréscimo de dignidade. Ele nasce com integridade física e psíquica, mas chega um momento de seu desenvolvimento

11 MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 15 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 433-434.

que seu pensamento tem de ser respeitado, suas ações e seu comportamento – isto é, sua liberdade -, sua imagem, sua intimidade, sua consciência – religiosa, científica, espiritual – etc., tudo compõe sua dignidade¹².

É correto dizer que a inserção de inúmeros dispositivos, na Constituição Federal, como citado anteriormente, decorreu da consideração do meio ambiente como essencial à vida, sendo necessária a minimização dos impactos produzidos pela ação humana, o que caracteriza ainda mais a relação tão próxima entre meio ambiente e dignidade humana.

Sobre isso:

[...] quando se fala em tutela do meio ambiente, têm-se em jogo formas de garantir a qualidade da vida humana, pois lhe é essencial. O equilíbrio ecológico nessa relação tão direta com o ser humano faz do direito ao ambiente um direito fundamental da pessoa humana, em função dos elementos e valores que congrega, como saúde, segurança, cultura, identidade. Preservar o patrimônio ambiental é garantir vida sadia e com qualidade. Garantir vida com qualidade é promover a dignidade da pessoa humana.¹³

Ainda sobre essa temática, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer discorrem que:

A CFF88 (art. 225 e art. 5º, § 2º), por sua vez, seguindo a influência do direito constitucional comparado e mesmo do direito internacional, sedimentou e positivou ao longo do seu texto os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico, atribuindo ao direito ao ambiente o status de direito fundamental, em sentido formal e material, orientado pelo princípio da solidariedade [...] Por outro lado, resulta evidente que a noção de um direito fundamental à proteção do ambiente comunga da multifuncionalidade característica dos direitos humanos e fundamentais no Estado Constitucional e no âmbito do Direito Internacional dos Direitos humanos.¹⁴

Gilmar Coelho lembra que a questão relacionada ao meio ambiente se transformou em uma questão de consciência, já

12 NUNES, Rizzato. O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

13 REIS, João Emilio de Assis. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.20, jul./dez. 2013, p. 289-314.

14 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 48-49.

que atinge todos os habitantes do mundo, motivo pelo qual cada vez mais se compreende a íntima ligação entre meio ambiente e dignidade.

[...] felizmente, o problema ecológico tornou-se questão de consciência para a maioria dos habitantes do planeta Terra, muitos dos quais se converteram em apóstolos da causa ambientalista, tanto mais necessários quanto sabemos que ainda são muitos os que, por dolo ou culpa, agredem a Natureza sem se darem conta das consequências dessa insensatez.¹⁵

É papel do Estado, como um todo, orientar-se de modo a preservar a dignidade do indivíduo, assim como, a dar condições para que a dignidade possa ser efetivada e, um dos principais pontos para a efetivação dessa dignidade é justamente a preservação do meio ambiente. A dignidade encontra-se emoldurada pelo senso de justiça, devendo, portanto, ser sempre adotada pelo operador do direito. A Constituição busca os valores da sociedade e os eleva a nível constitucional, tornando-os – aqui neste caso o princípio da dignidade da pessoa humana e, o meio ambiente equilibrado – valores que servirão de vetor para a mesma sociedade e para o Estado, como um todo, ou seja, valores absolutos que não permitem a flexibilização dos mesmos.

A constitucionalização da dignidade da pessoa humana e a elevação deste princípio a fundamento da própria República, impede a degradação do homem, na hipótese de sua conversão em mero objeto do Estado, sendo que referido princípio trouxe consequências importantes: o reconhecimento da igualdade entre os homens; a consagração da autonomia dos indivíduos; a observância e proteção de seus direitos inalienáveis e a necessidade de ação para garantia de condições mínimas de vida, a fim de que essa vida possa ser vivida de forma plena e, nesta seara encontra-se, justamente, a necessidade de preservação do meio ambiente, para as gerações atuais e futuras, garantindo-se a plenitude do bem estar de todos, alcançando-se, assim, a dignidade efetiva.

15 MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1404.

Considerações Finais

O meio ambiente pode ser considerado como uma espécie de simbiose do ambiente com o homem e, sua utilização precisa, obrigatoriamente se dar de maneira sustentável para que os padrões das sociedades e culturas se modifiquem, para melhor se enquadrar no meio ambiente de modo que possa preservá-lo.

Nota-se a importância em compatibilizar-se a proteção do ser humano e do meio ambiente, e, por esse motivo, torna-se imprescindível que o Estado, conjuntamente com a sociedade, implemente políticas públicas que possam desenvolver o meio ambiente de forma que ocorra a melhoria na qualidade de vida de todos, em conformidade com o disposto na Constituição Federal.

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial, eleito pela Constituição Federal de 1988, informando toda a ordem jurídica, servindo de critério e parâmetro, que deve orientar não só a interpretação, como todo o sistema constitucional, para que se mantenha a unidade de todo o sistema. É um valor supremo, concebido como referência constitucional, que unifica todos os direitos fundamentais, objetivando assegurar a todos uma existência digna e, a manutenção e preservação do meio ambiente é forma de assegurar a própria dignidade.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana passa a ser simultaneamente o limite e obrigação dos Estados. Sendo que, como limite à dignidade é algo que pertence a cada um e que não pode ser transferido. E como obrigação traz-se a ideia exatamente de que ao Estado somente é permitido ir até onde não se desrespeite a dignidade da pessoa humana. Em face disso, o Estado se obriga a direcionar as suas ações, seja para preservar a dignidade da pessoa humana, seja para criar meios que possibilitem o exercício da mesma, necessitando, para tanto, da preservação do meio ambiente.

O desenvolvimento sustentável se faz necessário, uma vez que o homem inserido no meio ambiente deve preservá-lo para sobreviver

no tempo. Assim, obedecendo preceitos constitucionais, o meio ambiente deve ser preservado para as presentes e futuras gerações.

Referências bibliográficas

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 17. ed., atual., São Paulo: Saraiva.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo, 15 ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

NUNES, Rizzato. O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Saraiva, 2002.

ONU, Resolução 41/128, 1985.

REIS, João Emilio de Assis. O direito ao ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.10, n.20, jul./dez. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. Ação civil pública ambiental, São Paulo: Pillares, 2005.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Direitos Humanos e Meio Ambiente, Porto Alegre: Fabris, 1993

Primeiros apontamentos para um capitalismo de ODS: dificuldades e consequências diante dos novos contratos trabalhistas

First points for a capitalism of SDG: difficulties and consequences before the new labor contracts

Renato Maso Previde^{1 2}

Sumário: Relações Trabalhistas; Consumismo e Liquidez Social; As Consequências do COVID-19 e o Existencialismo; Considerações Finais.

Resumo: O presente artigo busca analisar a evolução das relações trabalhistas no decorrer da história, além de explorar o tratamento direcionado a peça chave dessa relação: o trabalhador. Ademais, envolvendo tais relações tem-se o poder e a vontade em conquistá-lo a todo e qualquer custo, servindo, também, de combustível para manter as relações como estão, ou seja, o proletário jogado e os donos dos meios de produção no controle deste jogo. Logo, a sociedade, conseqüente do capitalismo, torna-se líquida, e busca satisfazer sua felicidade adquirindo a bens materiais, porém isso instala um status inalcançável para uma grande parcela da sociedade. Além disso, com a pandemia proporcionada pelo Covid-19, as relações de trabalho encontram-se muito fragilizadas, principalmente com a chegada da Gig Economy, que proporciona aos trabalhadores condições desumanas e inseguras. Por fim, analisa-se os pontos positivos e negativos dessa evolução da indústria e da tecnologia, buscando soluções benéficas para ambas as partes dessa relação, apesar da nova realidade destes contratos

1 Doutor em Direito Econômico pela PUC/SP. Professor titular da Universidade do Estado de Minas Gerais em Direito Empresarial e Tributário. Professor da Especialização em Direito Privado da PUC/MG, campus Poços de Caldas. Professor Voluntário de Direito Ambiental do EaD da graduação em Engenharia Ambiental da UFSCAR. Advogado. E-mail: masopreveide@gmail.com

2 O presente artigo foi realizado em razão de projeto de pesquisa sem bolsa da UEMG/Frutal, edital nº 01/2020, em que tiveram participação marcante as graduandas Isabel Cristina dos Santos e Vitória Colognesi Abjar, fruto do Grupo de Pesquisa Capitalismo de Desenvolvimento Sustentável.

de trabalho que não possuem qualquer reflexo com outros até então existentes no Brasil, transferindo todo o risco do negócio para os trabalhadores, principalmente em tempos de Pandemia. A nítida desproporção entre a força das empresas representadas pelas novas tecnologias e dos trabalhadores marca o cuidado no trato à Quarta Revolução Industrial.

Palavras-chave: Dignidade da Pessoa Humana; Consumismo; Proletariado; Gig Economy; Gig Worker.

Abstract: This article seeks to analyze the evolution of labor relations throughout history, in addition to exploring the treatment directed to the key part of this relationship: the worker. Furthermore, involving such relationships, one has the power and the will to win them at any and all costs, also serving as fuel to keep the relationships as they are, that is, the proletariat played and the owners of the means of production in the country. control. Therefore, society, a consequence of capitalism, becomes liquid, and seeks to satisfy its happiness by acquiring material goods, but this establishes an unattainable status for a large part of society. In addition, with the pandemic provided by Covid-19, labor relations are very fragile, mainly with the arrival of Gig Economy, which provides inhuman and insecure conditions to sellers. Finally, the positive and negative points of this evolution of the industry and technology are analyzed, looking for beneficial solutions for both parts of this relationship. the new reality of these employment contracts, which have no impact on others hitherto existing in Brazil, transferring the entire risk of the business to workers, especially in times of Pandemic. The sharp disproportion between the strength of the companies represented by the new technologies and the workers marks the care in dealing with the Fourth Industrial Revolution.

Keywords: Dignity of human person; Consumerism; Proletariat; Gig Economy; Gig Worker.

1. Relações trabalhistas

Em meados do século XVIII, a situação que pairava sobre a economia era de exploração. A Revolução Industrial abordou o lema “tempo é dinheiro”, expressão utilizada por Benjamin Franklin. Essa,

por sua vez, era o reflexo de jornadas desgastantes, ou melhor, mais de 18h/dia, locais insalubres, baixos salários, abuso da mão de obra feminina e infantil. Tais passagens evidenciam mortes precoces e inúmeros acidentes trabalhistas, no qual ocasionaram desamparo às famílias vítimas destes infortúnios.

Desse modo, a desigualdade emergiu não só pela Europa, mas por todo o globo. Com a tentativa de minimizar tais impactos, a Revolução Francesa trouxe como base o lema Liberdade, Igualdade e Fraternidade, visto que o sofrimento da classe operária satisfazia caprichos da burguesia, sendo estes detentores dos meios de produção.

Consequentemente, pensamentos humanitários percorreram os continentes, proporcionando, principalmente, mudanças na esfera brasileira. O movimento abolicionista foi embasado na liberdade e igualdade, além de exigir fatores mínimos para a adequação de uma vida digna. No entanto, a busca gradual de direitos trabalhistas possuía inúmeros entraves.

Assim, certas conquistas foram adquiridas com o intento de amparar o trabalhador. A perspectiva é ressaltada pela Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. Nesse período, vertentes ligadas ao progresso e à tutela do trabalhador fez com que políticas extremas fossem substituídas pela ideia de mudanças, algo defendido pela Aliança Liberal.

O cenário acima foi reforçado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que implementou a Dignidade da Pessoa Humana como norte para as relações constitucionais.

Em 2017 foi aprovada a Reforma Trabalhista. Diante de inúmeras metamorfoses e consequências, alguns pontos são mais relevantes para a presente pesquisa, em virtude de estabelecerem os primeiros fragmentos para a formação do vínculo trabalhista, ou seja, como ocorre a relação entre empregado e empregador.

Nessa conjuntura, ao início de uma possível contratação, o acordo coletivo passa a sobressair em relação à legislação

vigente. Este apresenta convenções como banco de horas, jornada de trabalho, intervalo, plano de carreira e a remuneração por produtividade. Logo, os aspectos que os trabalhadores são expostos, atualmente, são leis flexíveis, ao menos respeitadas, com limitação constitucional³.

Mesmo com as modificações realizadas no ordenamento trabalhista, a crise persiste no cenário atual. Entretanto, com aspectos políticos⁴.

Com a intensão de comprovar a não efetivação de práticas propostas pela Reforma Trabalhista, o site UOL, em novembro de 2019, publicou a seguinte matéria: “Nova CLT completa 2 anos sem cumprir promessa de gerar vagas e prestes a ser reformada de novo”. Em seu teor, a reportagem afirma que antes da aprovação, o país possuía 12,7 milhões de desempregados. A Reforma almejava gerar 2 milhões de vagas em 2018 e 2019, todavia, isso não se firmou, já que no fim de 2019 o desemprego ainda era de 12,5 milhões⁵.

Sendo assim, observa-se que a redução de direitos não ocasionou um aumento no número de serviços. Não obstante, isso não foi suficiente para que as modificações cessassem. Ou seja, desde a campanha eleitoral de Bolsonaro em 2018, o mesmo afirma que o país possui muitos direitos e pretende expandir a Reforma.

Desse modo, há perda de direitos relacionados ao trabalho com um discurso que visa o nacionalismo exacerbado, com a intensão de sair de uma crise. Sendo assim, ideias de restrições e perdas de conquistas são abordadas de maneira intensa, a fim de frisar o que já fora discutido. Ao explicar os fatos mencionados

3 GARCIA; Gustavo Filipe Barbosa. Reforma Trabalhista. 6ª Edição. Salvador. Juspodivm. 2020.

4 ARENDT. Hannah. As Origens do Totalitarismo. São Paulo. Companhia das Letras. 2013.

5 ANTUNES. Leda. Nova CLT completa 2 anos sem cumprir promessa de gerar vagas e prestes a ser reformada de novo. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos/#mais-mudancas-no-emprego>> Acesso em: 06 de maio de 2020.

acima, tem-se a superlotação na Justiça do Trabalho: “o número total de processos recebidos na Justiça do Trabalho no ano de 2019 foi de 3.377.013, cerca de 161 mil demandas a mais que no ano anterior, de 2018, e cerca de 586 mil a menos do que no ano de 2017”⁶.

Ao analisar os dados acima, observa-se um crescente aumento no número de processos no decorrer dos anos, frisando a perda de direitos estabelecidos na CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), contradizendo a Dignidade da Pessoa Humana.

Em consonância com os fatos anteriores, a crise é intensificada pela alta taxa de desemprego e o vínculo trabalhista, mais uma vez, encontra-se fragilizado. Segundo uma pesquisa publicada na UOL, a taxa de desemprego subiu para 12,2% no primeiro trimestre. Os dados são reflexos de um processo histórico, dado que apresentam os mesmos motivos utilizados para a realização da Reforma Trabalhista, ou melhor, diminuir os benefícios proporcionados aos trabalhadores⁷.

Dessarte, o discurso que engloba os trabalhadores requer observações de pertencimento em um mesmo “jogo”. Ou melhor, os mesmos confiam sua mão de obra para os detentores dos meios de produção, com a finalidade de fazer parte da razão social empresarial. Ademais, o ingresso direto para o consumo faz com que a economia reflita em uma falsa política de bem-estar social⁸.

Contudo, as práticas almejadas não são incorporadas e o proletariado é “jogado”. Isso é demonstrado desde o surgimento dos primeiros vínculos trabalhistas citados no tópico anterior. É possível ressaltar, também, como a Reforma Trabalhista gerou uma excessiva fragilidade nos mesmos, visto que a perda de direitos

6 Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2020/04/30/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>> Acesso em: 30 de abril de 2020.

7 Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2020/04/30/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>> Acesso em: 30 de abril de 2020.

8 CARNIO. H.G. FILHO. N.C. RÉGO. C. N. M. Coragem e racionalidade jurídica: o jogo sem fim do Direito. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

mostra, mais uma vez, o não pertencimento à sociedade que busca fatores igualitários⁹.

Logo, a relação entre distintos grupos sociais apresenta o discurso de inclusão a uma sociedade que atenta as relações isonômicas, como a partição de todos em um mesmo “jogo”. Entretanto, o final expõe o proletariado sendo “jogado”, com o intento de manter a classe dominante em seu lugar, em outras palavras, a concentração de riqueza persiste. Com o intuito de demonstrar os fatos retro mencionados, tem-se o seguinte fragmento: “A sociedade desigual não tem em seu flanco nenhuma sociedade igual. A sociedade igual é somente um conjunto das relações igualitárias que se traçam aqui e agora por meio de atos singulares e precários”¹⁰.

2. Consumismo e liquidez social

Com o passar das décadas, independentemente das diversas crises sofridas no decorrer da história, foi fomentado pelos ideais de uma política liberal, que segundo Bobbio (1995), verifica-se um distanciamento democrático e uma tendência individualista. Ademais, observa-se a propagação do estilo de vida estadunidense, também conhecido mundialmente como American Way Of Life, e foi caracterizado por uma expansão na produção de todos e quaisquer tipos de produtos, sempre mais sofisticados e modernos, que instigavam sua aquisição mesmo que esta não fosse realmente necessária, iniciando a criação de uma sociedade altamente consumista.

Sendo assim, a sociedade consumista formou-se através de padrões relacionados a esse tipo de felicidade, felicidade em consumir. Em outras palavras, quanto mais se tinha, mais feliz se era. Para comprovar tal pensamento, Érico Veríssimo expõe a seguinte frase: “O objetivo do consumidor não é possuir coisas, mas

9 Idem.

10 RANCIÈRE. Jacques. O ódio à democracia. São Paulo: Boitempo, 2014.

consumir cada vez mais e mais a fim de que com isso compensar o seu vácuo interior, a sua passividade, a sua solidão, o seu tédio e a sua ansiedade”. Desse modo, sucedeu a mais árdua das divisões entre as classes sociais, pois, obviamente, quem não usufruía de tais regozijos materiais diversos, não se encaixava nos padrões, sendo assim, eram deixados nas periferias sociais, visto que tal modo de vida era destinado a uma minoria seletiva¹¹.

Além disso, o consumo exagerado propiciou uma padronização social à sociedade da época, e às posteriores, as quais utilizavam os bens fúteis, em sua maioria, como válvula de escape para os terrores vividos durante a Primeira e Segunda Guerra.

Enquanto isso, a política neoliberal, que continua os preceitos anteriores, foi aquela que esteve sempre incitando o mercado consumista, sem pensar nas consequências devastadoras que posteriormente surgiriam como resultado. A elevação de uma classe social rica fez com que a outra se afundasse sempre mais, quer seja a partir da diminuição moral, que os mais afortunados transpareciam sempre que lhes eram dadas oportunidades, quer seja na exploração física que os donos dos meios de produção em massa concediam aos seus funcionários. Esses, por sua vez, trabalhavam produzindo aquilo que os mais afortunados compravam para seu bel prazer e satisfação emocional, enquanto os proletários trabalhavam incessantemente para conseguir, minimamente, não permitir que suas famílias perecessem.

Uma das maiores consequências, se não a maior, da política Neoliberal na atualidade é o desemprego. Nos países desenvolvidos a problemática não é tão prejudicial como é no Brasil, pois a visão de tais países sobre a situação é mais ampla quanto às possíveis soluções escapatórias da crise econômica. A solução adotada por países desenvolvidos é, justamente, a geração de novos empregos

11 LOWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecosocialista. Cad. CRH, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, Apr. 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792013000100006&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-49792013000100006>>. Acesso em 02 de maio de 2020.

para que, a longo prazo, a situação se resolva. Já no Brasil, a solução fracassada de “desafundar” o país de uma crise cujo um dos motivos é o desemprego, é justamente cortar gastos, dispensar funcionários públicos e causar ainda mais o mesmo¹².

Ao buscar respostas plausíveis para a questão do motivo de tamanho índice de desemprego, aquelas mais concernentes com os ideais neoliberais são justamente as que culpam o próprio desempregado, conforme o autor citado anteriormente explana¹³.

Outro ponto ressaltado pelos defensores da ideologia em questão, é a falta de qualificação por parte dos trabalhadores para ocupar os cargos que estão disponíveis no mercado de trabalho. Todavia, é importante sempre deixar evidenciado o índice de pobreza no Brasil, que está em constante aumento.

Em uma reportagem do jornal El País, a jornalista Carla Jiménez aborda que no mês de novembro de 2019, o número de pessoas consideradas miseráveis e que vivem/sobrevivem com uma quantia de R\$145,00 por mês era de 13,5 milhões de pessoas, baseada em dados fornecidos pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), a época da pesquisa.” Estas pessoas, em sua maioria (se não em sua totalidade), não possuem nem mesmo o primeiro grau de estudos completos devido a necessidade de pausá-los para realizar serviços braçais. Esses são cada vez mais dispensáveis devido a tecnologia em constante avanço, dificultando a sobrevivência das famílias que apresentam um alto nível de miséria. Nesse contexto, como se exige desse grupo de pessoas qualificações além das rudimentares as quais foram designadas antes mesmo da adolescência? É um discurso irracional e desumano¹⁴.

12 REINERT, José Nilson. Desemprego: causas, conseqüências e possíveis soluções. Revista de Ciências da Administração, v. 3, n. 5, p. 45-48, 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Administrador.DESKTOP-VP34FJK/Downloads/8065-24311-1-PB.PDF>. Acesso em 02 de Maio de 2020.

13 Idem.

14 JAMÉNEZ. Carla. Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html>. Acesso em: 11 de dezembro de 2020.

A história seria outra se, ao menos, fosse destinado o auxílio correto a essas pessoas. Se são necessários requisitos para os cargos disponíveis, que seja então ofertado cursos profissionalizantes aos que necessitam do emprego, ou que sejam gerados empregos públicos que não exijam tais qualificações. A obrigação de um governo é cuidar de seus cidadãos, os quais retribuem através de impostos.

Assim, a sociedade consumista e a sociedade miserável são os dois lados de uma mesma moeda. Esta sustenta aquela com sua mão de obra barata mantendo os luxos excessivos e desnecessários sempre em circulação, enquanto a outra proporciona os meios destinados a produzir tais luxos.

Essa sociedade tão individualizada, que aborda a liquidez das relações sociais, foi estudada por Zygmunt Bauman¹⁵, no qual explica os diversos tipos de modernidade. Esta, por sua vez, pode ser caracterizada como sólida e líquida. A primeira pertence ao século XV, visto que as mudanças realizadas na época eram mínimas, além de ressaltar moldes e rigidez nos elos comunicativos. Já a segunda indica a fragilidade que o século XXI enquadra-se. Ou seja, a liquidez se molda de acordo as condições que lhes são designadas sem resistência nenhuma, apenas fluem.

No capitalismo essa liquidez possui maiores contrastes, em virtude da extensão que o mesmo é abordado, definindo uma intensa individualização. Nesse âmbito, existe uma pré-disposição para a mesma e, com isso, aqueles que possuem elevado poder de aquisição servem como figuras sedutoras para uma vida feliz movida pelo consumo. Vale ressaltar que a comercialização se tornou um vício cuja sociedade tornou-se refém e quando não suprido torna-se destrutivo¹⁶.

3. As consequências do covid-19 e o existencialismo

O covid-19, também conhecido como coronavírus e SARS-

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

16 Idem.

COV-2, adentrou no Brasil no fim de fevereiro de 2020. A doença exigiu protocolos de isolamento social, como o fechamento de locais relacionados ao entretenimento e ao próprio comércio. Nesse cenário, empresas públicas e privadas iniciaram um processo de adequação, restringindo direitos dos trabalhadores e gerando inúmeros desempregos. Ou seja, o trabalho presencial passou a ser considerado remoto ou home office e, para outros, ocorreu a diminuição da carga horária em consonância a queda proporcional do salário, com a tentativa de manter a estabilidade profissional. Essa foi garantida através de contratos trabalhistas com data certa para o seu termo¹⁷.

Posto isso, o ser humano buscou em seu trabalho maneiras de garantir sua existência. Segundo Arendt (2007) o labor perdeu-se na Era Moderna devido as altas cargas trabalhistas e a submissão a estas com o intuito de sobreviver. A autora ainda ressalta a divisão do trabalho para alcançar a vida contemplativa em três aspectos: labor, trabalho e ação. O labor é aquele primordial para a vida humana. O trabalho é a criação de elementos/coisas artificiais que podem ou não gerar o labor. Já a ação é independente das demais classificações, visto que salienta o extremo bem-estar¹⁸.

Ao desmembrar a cadeia da vida contemplativa, tem-se a fragilidade do homem exposta. Isto é, o mesmo submete-se a trabalhos desonrantes e degradantes com o objetivo de diminuir suas carências, como moradia, alimentação, saúde, transporte, educação, entre outros. Nesses aspectos, o ser humano deixa de concretizar o que lhe é por direito, como o labor e a ação, e passa a realizar por obrigação o trabalho¹⁹.

Sendo assim, a contemporaneidade é exposta pelas empresas de “inovação”. Conforme dados da Gig Economy e seu resultado

17 MUZZOLON. Paulo. FRAGA. Érica. Emprego levará um ano para voltar ao nível pré-pandemia. Folha de São Paulo. São Paulo. 2020. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/emprego-levara-um-ano-para-voltar-ao-nivel-pre-pandemia.shtml>> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

18 ARENDT. Hannah. Condição Humana. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

19 Idem.

através das empresas atuais (Uber, IFood etc) possuímos uma sociedade de dois “jogos”: um de acordo com as regras trabalhistas e detentora da Justiça Social, como salvaguarda a esta nova economia e; outro, com regras inexistentes, obscuras, até mesmo pelo fato dos próprios Tribunais ainda não possuírem harmonia de entendimentos. Neste caso, o infoproletariado se torna destino de toda a má sorte e risco que antes eram dirigidos às grandes empresas, que possuem toda uma estrutura para enfrentá-los e, agora, se tornam destinatários do risco do empreendimento sem se caracterizarem efetivamente como empreendedores, mas meros “atendentes” de aplicativos.

Portanto, a esse segundo “jogo”, que resulta no surgimento do Gig Worker, que são contratados independentes, trabalhadores de plataformas on-line, trabalhadores de firmas contratadas, trabalhadores de plantão, celebram acordos com empresas sob demanda, resultando em um trabalhador “jogado”, refletindo descaso, que os detentores da Economia da Inovação expressam com os demais integrantes do “jogo”.

Conclui-se, porém, que o coronavírus fragilizou, ainda mais, relações que já estavam deterioradas, ou melhor, a vida contemplativa. Esta ficou permeada por uma crise que instabilizou, principalmente, o consumo.

Considerações finais

Diante dos dados expostos no decorrer da pesquisa, apesar da apertada síntese, a consideração final é sobre a necessidade de um sistema econômico que venha a mitigar a ação das novas tecnologias sobre os contratos de trabalho, fazendo com que através de uma sistematização já existente e aceita pelo mercado, por meio dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU), tal novo sistema reconheça a excepcionalidade deste trabalho e o regule de forma a proteger

estes novos trabalhadores.

Caso contrário se criará uma falsa percepção de pertencimento em um mesmo “jogo”, que prolongará a segregação estabelecida entre os detentores dos meios de produção e àqueles que vendem sua mão de obra. Em outras palavras, a sociedade é um “jogo”, em que o proletariado é “jogado” pelos possuidores de capital e influenciadores.

Posto isso, a sociedade liquida intensifica as mazelas pertencentes as relações trabalhistas, uma vez que as ideias existencialistas e status sociais são antagônicas. Em virtude da necessidade de sobreviver a situações extremas e degradantes, o trabalhador conforma-se com direitos reduzidos e serviços degradantes. Em contrapartida, para este fazer parte de um meio social agradável que tende a proporcionar crescimento laboral, o trabalhador precisa obter status sociais, isto é, consumir.

O consumismo, segundo Bauman, é a base para sociedade moderna, capaz de se adaptar às situações expostas pelo cotidiano. Entretanto, a parcela populacional que não se adequa aos moldes capitalistas como se apresenta, são abandonas, segregadas e esquecidas em um meio social reduzido que dificulta a proliferação de oportunidades.

Desta forma, se inicia um trabalho em que se buscará defender a existência de um capitalismo de ODS ou capitalismo de desenvolvimento sustentável para que estas novas formas contratuais trabalhistas sejam melhor amparadas pelo sistema econômico brasileiro que determina no artigo 170, caput, da Constituição Federal, a conjunção dos fatores da livre iniciativa, da valorização do trabalho, mas também da justiça social e da existência digna, sendo dispositivo constitucional que possui guarida na Agenda 2030 da ONU.

Referências

ARENDT. Hannah. As Origens do Totalitarismo. São Paulo.

Companhia das Letras. 2013.

_____. *Condição Humana*. 10ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 2007.

ANTUNES. Leda. Nova CLT completa 2 anos sem cumprir promessa de gerar vagas e prestes a ser reformada de novo. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos/#mais-mudancas-no-emprego>> Acesso em: 06 de maio de 2020.

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

CARNIO. H.G. FILHO. N.C. RÊGO. C. N. M. *Coragem e racionalidade jurídica: o jogo sem fim do Direito*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

JAMÉNEZ. Carla. *Extrema pobreza sobe e Brasil já soma 13,5 milhões de miseráveis*. São Paulo. 2019. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/11/06/politica/1573049315_913111.html>. Acesso em: 11 de dezembro de 2020.

LOWY, Michael. Crise ecológica, crise capitalista, crise de civilização: a alternativa ecossocialista. *Cad. CRH*, Salvador, v. 26, n. 67, p. 79-86, Apr. 2013. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792013000100006&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-49792013000100006>>. Acesso em 02 de maio de 2020.

MEIRA. Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do direito público e privado*. 3ª Edição. Rio de Janeiro. Forense. 1972.

MUZZOLON. Paulo. FRAGA. Érica. *Emprego levará um ano para voltar ao nível pré-pandemia*. Folha de São Paulo. São Paulo. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/emprego-levara-um-ano-para-voltar-ao-nivel-pre-pandemia.shtml>> Acesso em: 24 de novembro de 2020.

RANCIÈRE. Jacques. *O ódio à democracia*. São Paulo: Boitempo, 2014.

REINERT, José Nilson. Desemprego: causas, conseqüências e possíveis soluções. Revista de Ciências da Administração, v. 3, n. 5, p. 45-48, 2001. Disponível em: <file:///C:/Users/Administrador.DESKTOP-VP34FJK/Downloads/8065-24311-1-PB.PDF>. Acesso em 02 de Maio de 2020.

UOL. Desemprego no país sobre 12,2% e atinge 12,9 milhões de pessoas. São Paulo. 2020. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/empregos-e-carreiras/noticias/redacao/2020/04/30/desemprego-pnad-continua-ibge.htm>> Acesso em: 30 de abril de 2020.

A Proteção do Meio Ambiente Marinho de Acordo com Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS. 14 da Agenda 2030

The Protection of the Marine Environment According to Sustainable Development Objective - SDG. 14 of the 2030 Schedule

Henrique Lopes Dornelas¹

Sumário: 1. A Proteção do Meio Ambiente Marinho como um Direito Fundamental. 2. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. 3. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC. 4. A Agenda 2030 e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS.14 Vida na Água. Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho analisa a proteção do Meio Ambiente Marinho como um Direito Humano Fundamental de acordo com Objetivo de Desenvolvimento Sustentável - ODS. 14 da Agenda 2030. Tratou-se de uma pesquisa empírica documental. A implementação do ODS. 14, que dispõe sobre a conservação e uso sustentável da vida na água e marinha, requer a adoção de políticas públicas específicas, com previsão nas Leis Orçamentárias, Planos Diretores de Municípios Costeiros, Planos de Gerenciamento Costeiro, bem como o cumprimento da legislação interna e internacional para a proteção da vida marinha. É muito importante que a legislação ambiental brasileira se adeque e seja aplicada de acordo com o ODS.14, e que as disposições da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar sejam efetivamente cumpridas.

Palavras-chave: Agenda 2030; Direito Fundamental ao Meio Ambiente; Objetivo de Desenvolvimento Sustentável ODS 14.

Abstract: The present work analyzes the protection of the Marine

¹ Doutorando em Direito – Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá - PPGD/UNESA. Mestre em Direito – Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais – PPGSD/UFF. Advogado OAB/RJ 152.682. Prof. no Centro Universitário Gama e Souza – UNIGAMA e na Universidade Estácio de Sá – UNESA. Link para currículo na plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1757944213087237>. E-mail: hldornelas@gmail.com

Environment as a Fundamental Human Right according to the Sustainable Development Objective - SDG. 14 of schedule 2030. This was an empirical documentary research. The implementation of the SDG. 14, which provides for the conservation and sustainable use of life in water and marine, requires the adoption of specific public policies, as provided for in the Budget Laws, Coastal Municipal Master Plans, Coastal Management Plans, as well as compliance with internal and for the protection of marine life. It is very important that Brazilian environmental legislation is adapted and applied in accordance with SDG.14, and that the provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea are effectively complied with.

Keywords: Schedule 2030; Fundamental Right to the Environment; SDG Sustainable Development Goal 14.

1. A Proteção do Meio Ambiente Marinho como um Direito Fundamental

O direito fundamental ao meio ambiente sadio e sustentável está previsto no artigo 225, caput, da Constituição brasileira de 1988, que foi a primeira a dedicar um capítulo específico para a proteção do meio ambiente.

O direito ao meio ambiente sadio, como um direito fundamental “tem uma natureza multifacetada, com dupla dimensão: individual e coletiva, podendo-se evidenciar uma ampla gama de titulares - indivíduos e grupos – e sua concretização se manifesta sobretudo em sua dimensão social”², bem como intergeracional, visto que a preservação e manutenção de um meio ambiente sadio e equilibrado se destina as gerações presentes e as futuras gerações, numa perspectiva intergeracional.

A proteção do meio ambiente marinho é um dos temas do Direito Fundamental ao Meio Ambiente com nítido caráter intergeracional. Em relação ao dever de proteção ao meio ambiente

2 SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014. p. 173.

afirma SILVA:

Alguns biomas foram elevados à categoria de patrimônio nacional. Essa qualificação não retira daqueles que detenham a propriedade ou a posse das áreas abrangidas pela Mata Atlântica, Pantanal-Mato-grossense, Floresta Amazônica, Serra do Mar e Zona Costeira a possibilidade de usar, gozar e dispor de tais áreas, mas torna possível a adoção de restrições gerais de uso de tais áreas, em virtude da importância da preservação e conservação desses biomas³.

O direito de viver num meio ambiente sadio e não poluído constitui um direito de nova geração que adveio em decorrência do progresso tecnológico que colocou em risco a própria existência humana, fato que ocasionou reivindicações de proteção jurídica de novos direitos tanto no plano interno de cada Estado como no direito internacional.

Segundo BOBBIO⁴ os direitos da nova geração se encontraram nas três correntes de ideias do nosso tempo e seriam os exemplos centrais: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, e o direito à integridade do próprio patrimônio genético.

A poluição marinha compromete a flora e fauna marinha, bem como a qualidade da água, colocando em risco este bem de uso comum do povo para as presentes e futuras gerações, cabendo a própria coletividade e ao poder público combater esta forma de poluição, conforme a regra do artigo 225, caput e do parágrafo 4º do texto constitucional brasileiro que estabelece que a Zona Costeira é considerada patrimônio nacional, sendo que sua utilização deverá ser feita na forma da lei e dentro de diretrizes e condições que

3 SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014. p. 178.

4 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 96.

preservem o meio ambiente e os recursos naturais⁵.

A questão do combate e diminuição de todas as formas de poluição e degradação da fauna e flora marinha é um problema que vai além da proteção de um Estado, pois trata de uma questão transfronteiriça e que necessita da cooperação dos diversos países. Para WINTER e BOTELHO⁶ “o tema a respeito dos direitos humanos nas relações marítimas ou da regularização dos direitos humanos no Direito do mar prescinde de uma compreensão no âmbito doutrinário jusdesenvolvimentista socioeconômico”, e por ser uma questão transfronteiriça, enquadra-se no Direito Ambiental, que é considerado um direito difuso⁷ de terceira dimensão⁸ ou geração, exigindo a cooperação e solidariedade de todos.

5 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. § 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 dez. 2020.

6 WINTER, Luís Alexandre Carta; BOTELHO, Martinho Martins. O Direito Internacional do Mar e os Direitos Humanos: Algumas Considerações em Direito ao Desenvolvimento. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 11, p. 117-131, jan./jun. 2015.

7 O conceito de direito difuso na legislação brasileira está previsto no artigo 81, inciso I da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor nos seguintes termos: Artigo 81, inciso I “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm, acesso 13 nov. de 2020.

8 Os Direitos de “terceira dimensão” são os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direito de solidariedade. A nota caracterizadora desses “novos” direitos é a de que seu titular não é mais homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito a proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem no privado, sendo considerado um direito de caráter transindividual. WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. Revista Jurídica, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. p.129.

2. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, foi celebrada na Jamaica na cidade de Montego Bay, na data de 10 de dezembro de 1982, sendo ratificada pelo Brasil em 22 de dezembro de 1988, com promulgação pelo Decreto de nº 99.165, de 12 de março de 1990.

O artigo 1º, 4 da CNUDM traz a definição de poluição do meio ambiente marinho: “significa a introdução pelo homem, direta ou indiretamente, de substâncias ou de energia no meio marinho, incluindo os estuários, sempre que a mesma provoque ou possa vir provocar efeitos nocivos, tais como danos aos recursos vivos e à vida marinha, riscos à saúde do homem, entrave às atividades marítimas, incluindo a pesca e as outras utilizações legítimas do mar, alteração da qualidade da água do mar, no que se refere à sua utilização, e deterioração dos locais de recreio”.

Um dos princípios da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar é o da Proteção do meio marítimo, que de acordo com MENEZES informa que “na utilização da área, o meio marítimo deverá ser protegido e preservado na perspectiva de que deve ser um espaço de manutenção da vida, fundamental para o ecossistema marinho e terrestre⁹”.

Vários são os artigos da CNUDM que tratam da preservação e utilização sustentável dos recursos marinhos e proteção da vida marinha:

No artigo 61, por exemplo, que trata da Conservação dos recursos vivos é estabelecido que o Estado costeiro fixará as capturas permissíveis dos recursos vivos na sua zona econômica exclusiva, adotando de acordo com estudos científicos, medidas apropriadas de conservação e gestão, que a preservação dos recursos vivos da sua zona econômica exclusiva não seja ameaçada por um excesso de captura. O Estado costeiro e as organizações competentes sub-regionais, regionais ou mundiais, deverão

9 MENEZES, Wagner. O direito do mar. Brasília: FUNAG, 2015. p. 154.

cooperar para esta finalidade.

A questão da proteção das Espécies altamente migratórias está prevista no artigo 64 da CNUDM determinado que o Estado costeiro e os demais Estados cujos nacionais pesquem, na região, as espécies altamente migratórias devem cooperar quer diretamente quer por intermédio das organizações internacionais apropriadas, com vista a assegurar a conservação e promover o objetivo da utilização ótima de tais espécies em toda a região, tanto dentro como fora da zona econômica exclusiva.

A proteção dos mamíferos marinhos está prevista no artigo 65 da CNUDM e outras disposições, determinado que os Estados devem promover a cooperação para assegurar a conservação dos mamíferos marinhos e, no caso dos cetáceos, devem trabalhar em particular, por intermédio de organizações internacionais apropriadas, para a sua conservação, gestão e estudo. Tal artigo também se aplica à conservação e gestão dos mamíferos marinhos no alto mar.

No artigo 66 da Convenção é tratado a questão da proteção da população dos denominados peixes anádromos, segundo o qual os Estados em cujos rios se originem as populações de peixes anádromos devem ter por tais populações o interesse e a responsabilidade primordiais.

O artigo 67 trata das espécies catádromas, sendo estabelecido que o Estado costeiro em cujas águas espécies catádromas passem a maior parte do seu ciclo vital deve ser responsável pela gestão dessas espécies e deve assegurar a entrada e a saída dos peixes migratórios. A captura das espécies catádromas deve ser efetuada unicamente nas águas situadas dentro dos limites exteriores das zonas econômicas exclusivas.

No artigo 117 é imposto o dever aos Estados de tomarem em relação aos seus nacionais medidas para a conservação dos recursos vivos do alto mar. Estabelece que os Estados têm o dever de tomar ou de cooperar com outros Estados para tomar as

medidas que, em relação ao seus respectivos nacionais, possam ser necessárias para a conservação dos recursos vivos do alto mar.

A determinação da cooperação entre os Estados para a conservação e gestão dos recursos vivos vem prevista no artigo 118, no sentido de que os Estados devem cooperar entre si na conservação e gestão dos recursos vivos nas zonas do alto mar.

No artigo 119 é previsto a conservação dos recursos vivos do alto mar, no sentido de fixar a captura permissível e estabelecer outras medidas de conservação para os recursos vivos no alto mar.

Pela leitura dos artigos acima denota-se a importância da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar para a preservação das espécies marinhas. Segundo SOUZA a CNUDM “trata-se de acordo multilateral codificador de costumes internacionais e positivador de princípios, tendo participação abrangente da comunidade internacional, provendo seus sujeitos a um órgão jurisdicional especializado responsável pela interpretação do Direito do Mar (...) e a aceitação da CNUDM pela comunidade internacional propicia a efetividade do tratado, bem como a possibilidade da evolução e da consolidação da cooperação internacional”¹⁰.

Embora a aplicação dos diversos artigos da CNUDM encontra-se limitados aos Estados signatários da Convenção, “ela já se encontra, em grande parte, vinculada diretamente ao direito consuetudinário”¹¹.

Para LIMA a CNUDM é expressão maior do multilateralismo visando um ordenamento internacional mais justo e equitativo. Negociada durante mais de nove anos, a Convenção constitui o principal arcabouço político e jurídico para regulamentar o uso dos

10 SOUZA, Henrique Santos Costa de. A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar e a Obrigação de Cooperação. Rev. secr. Trib. perm. revis. Ano 3, nº 6; agosto 2015. p. 308.

11 ZANELLA, Tiago V. Os tratados internacionais de direito do mar e seus efeitos sobre terceiros estados. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. p. 98.

oceanos¹².

Para MONT'ALVERNE e GIRÃO “embora não tenha havido uma expressa inclusão dos recursos genéticos marinhos, é possível a aplicação das disposições da CNUDM referentes aos recursos vivos, em razão da compatibilidade dessas normas com as características desses recursos”¹³.

No que tange a efetividade e aplicabilidade da CNUDM afirma ZANELLA que “o perigo da falta de efetividade do texto não se justifica pois, apesar de não gerar efeitos sobre terceiros, a CNUDM já foi ratificada pela maioria dos Estados do sistema internacional e, em especial, ajudou a criar um direito costumeiro que se aplica universalmente”¹⁴.

Outro importante documento normativo para a prevenção da poluição foi a promulgação pelo Brasil, por meio do Decreto de nº 2.508, de 4 de março de 1998, da Convenção Internacional para a Prevenção da Poluição Causada por Navios - concluída em Londres, em 2 de novembro de 1973, com Protocolo, concluído em Londres, em 17 de fevereiro de 1978, suas Emendas de 1984 e seus Anexos Opcionais III, IV e V.

Todavia, é importante observar que conforme leciona TRINDADE “as iniciativas no plano internacional não podem se dissociar da adoção e do aperfeiçoamento das medidas nacionais de implementação, porquanto destas últimas depende em grande parte a evolução da própria proteção internacional dos direitos humanos”¹⁵.

12 LIMA, Sergio Eduardo Moreira. Direito do mar: notas sobre uma narrativa de valores. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110 p. 493 - 512 jan./dez. 2015. p. 502.

13 MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GIRÃO, Edwiges Coelho. A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016. p. 82.

14 ZANELLA, Tiago V. Os tratados internacionais de direito do mar e seus efeitos sobre terceiros estados. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. p. 103.

15 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. Revista brasileira de política internacional. Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, junho de 1997.

3. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC

A principal lei brasileira para a proteção da zona costeira é a Lei nº 7.661/88 que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, posteriormente regulamentada pelo Decreto nº 5.300 de 7 de dezembro de 2004.

O artigo 1º define que o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC é parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar - PNRM e da Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA. Já no artigo 2º fica estabelecido que o PNGC se subordina aos princípios e objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos artigos 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.

A Zona Costeira¹⁶ é definida na respectiva lei como “o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano”.

O PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.

Na proteção do meio ambiente marinho cabe tanto aos

¹⁶ Segundo o artigo 9º da PNGC “Para evitar a degradação ou o uso indevido dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira, o PNGC poderá prever a criação de unidades de conservação permanente, na forma da legislação em vigor”. No artigo 10 fica estabelecido que “as s praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica” e, que “§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo. § 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar. No § 3º do artigo 10 do PNGC é estabelecido o conceito de praia “entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema”. BRASIL. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7661.htm, acesso 14 nov. 2020.

Estados e Municípios Costeiros a elaboração dos respectivos Planos de Gerenciamento Costeiro de acordo com o ODS 14 e suas metas, como por exemplo, “a conservação de pelo menos 25% das zonas costeiras e marinhas, principalmente áreas de especial importância para a biodiversidade e serviços ecossistêmicos, assegurada e respeitada a demarcação, regularização e a gestão efetiva e equitativa, visando garantir a interligação, integração e representação ecológica em paisagens marinhas mais amplas, de acordo com a legislação nacional e internacional, e com base na melhor informação científica disponível”.

4. A Agenda 2030 e o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS.14 Vida na Água

A Agenda 2030 e os Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) surgiram na reunião ocorrida entre Chefes de Estado e de Governo e Altos Representantes, ocorrida na sede da Organização das Nações Unidas (ONU) em Nova Iorque, nos dias de 25 a 27 de setembro de 2015, ocasião em que a ONU comemorava o seu septuagésimo aniversário.

Logo no preâmbulo da Agenda 2030 consta a sua definição e seus objetivos: “a Agenda é um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade. Também busca fortalecer a paz universal com mais liberdade. (...) a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável”.

A Agenda 2030 possui um total de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável com 169 metas. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável “buscam assegurar direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento de mulheres e meninas. São integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento

sustentável: a econômica, a social e a ambiental¹⁷”.

Desta forma os objetivos e as metas têm o propósito de estimular a ação em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta os próximos 15 anos¹⁸.

Em observância a Agenda 2030 e ao Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS.14 “Vida na Água - Conservar e promover o uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável” é necessário a adoção de mecanismos jurídicos eficazes para a proteção da zona costeira¹⁹ e a zona marinha brasileira diante da poluição acarretada por plástico, micro plásticos, nutrientes, detritos marinhos, entre outros elementos altamente poluentes.

Tais medidas requerem políticas públicas, elaboração de legislação com inclusão objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS.14, como por exemplo nos Planos Diretores Municipais, emprego de recursos orçamentários, como por exemplo na Lei de Diretrizes Orçamentárias, Lei Orçamentária Anual e Plano Plurianual, tanto na esfera federal, estadual e municipal, bem como o cumprimento da CNUDM pelo Estado Brasileiro no que tange a proteção e utilização sustentável do mar, sua flora e fauna.

As metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável – ODS. 14 da Agenda 2030, estão estabelecidos abaixo, todavia com a exclusão das metas que estavam programadas para o cumprimento

17 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS – Agenda 2030. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ods/ods14.html>, acesso em 10 dez. 2020.

18 IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS – Agenda 2030. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ods/ods14.html>, acesso em 10 dez. 2020.

19 Os aspectos jurídicos envolvendo os oceanos são complexos. Primeiramente tem-se as legislações internacionais como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (CNUDM) assinada pelo Brasil em 1982, que define cinco zonas no oceano cujas dimensões e direitos são: No Brasil a Lei nº 8617/93 definiu os limites do mar territorial sob jurisdição nacional estabelecidos pela convenção. As linhas de base, por sua vez, foram estabelecidas de acordo com o Decreto 4983 de fevereiro de 2004. CETESB. Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Legislação Águas Costeiras. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/aguas-costeiras/legislacao/>, acesso 10 nov. 2020.

no ano de 2020:

Meta 14.1 - Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável; Meta 14.3 - Minimizar e enfrentar os impactos da acidificação dos oceanos, inclusive por meio do reforço da cooperação científica em todos os níveis; Meta 14.a - Aumentar o conhecimento científico, desenvolver capacidades de pesquisa e transferir tecnologia marinha, tendo em conta os critérios e orientações sobre a Transferência de Tecnologia Marinha da Comissão Oceanográfica Intergovernamental, a fim de melhorar a saúde dos oceanos e aumentar a contribuição da biodiversidade marinha para o desenvolvimento dos países em desenvolvimento, em particular os pequenos Estados insulares em desenvolvimento e os países menos desenvolvidos; Meta 14.b - Proporcionar o acesso dos pescadores artesanais de pequena escala aos recursos marinhos e mercados; Meta 14.c - Assegurar a conservação e o uso sustentável dos oceanos e seus recursos pela implementação do direito internacional, como refletido na UNCLOS [Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar], que provê o arcabouço legal para a conservação e utilização sustentável dos oceanos e dos seus recursos, conforme registrado no parágrafo 158 do “Futuro Que Queremos”.

O cumprimento de tais metas se mostram imprescindíveis para a conservação da vida marinha (flora e fauna) e envolvem tanto a participação do poder público federal, estadual e municipal, da sociedade e da cooperação entre os Estados.

Considerações finais

O Direito ao Meio Ambiente Marinho sustentável faz parte do catálogo dos direitos fundamentais, sendo considerado um direito de terceira geração ou dimensão numa perspectiva história de reivindicação e consolidação de direitos.

A efetivação das metas do ODS. 14 previsto na Agenda 2030 requer um esforço do Estado na formulação de políticas públicas, previsão orçamentária, incentivo da participação da sociedade conjuntamente com o Poder Público, adequação e aplicação da legislação interna, como os Planos de Gerenciamento Costeiro (Estadual, Municipal e Federal) de acordo com o ODS. 14, bem como dar efetividade da CNUDM, internalizada no ordenamento jurídico brasileiro.

Faz-se necessário que se estabeleça e concretize a cooperação entre os Estados na consecução das metas do ODS. 14, visto que a preservação do meio ambiente marinho e de seus recursos possui caráter transnacional e transfronteiriço.

Referências bibliográficas

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos / Norberto Bobbio; tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 10 dez. 2020.

BRASIL. Legislação. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>, acesso 10 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 - Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm, acesso 20 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7661.htm, acesso 14 nov. 2020.

CETESB. Companhia Ambiental do Estado de São Paulo. Legislação Águas Costeiras. Disponível em: <https://cetesb.sp.gov.br/aguas-costeiras/legislacao/>, acesso 10 nov. 2020.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS – Agenda 2030. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ods/ods14.html>, acesso em 10 dez. 2020.

LIMA, Sergio Eduardo Moreira. Direito do mar: notas sobre uma narrativa de valores. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 110 p. 493 - 512 jan./dez. 2015. p. 502.

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Curso de Direito Marítimo. vol. 1. 3ª Edição. Editora Manole, 2008.

MENEZES, Wagner. O direito do mar. Brasília: FUNAG, 2015. p. 154.

MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota; GIRÃO, Edwiges Coelho. A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, 2016. p. 82.

SILVA, Solange Teles da. Direito Fundamental ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado Avanços e Desafios. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, n. 6, nov. 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. Revista Brasileira de Política Internacional, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, junho de 1997.

WINTER, Luís Alexandre Carta; BOTELHO, Martinho Martins. O Direito Internacional do Mar e os Direitos Humanos: Algumas Considerações em Direito ao Desenvolvimento. Revista Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 11, p. 117-131, jan./jun. 2015.

WOLKMER, Antonio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. *Revista Juridica*, [S.l.], v. 2, n. 31, p. 121-148, ago. 2013. p.129.

ZANELLA, Tiago V. Os tratados internacionais de direito do mar e seus efeitos sobre terceiros estados. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. p. 103.

Direito Fundamental ao Acesso à Justiça: Contraditório Participativo como Forma de Legitimação da Prestação Jurisdicional

*Basic Right to Access Justice: Participative Contradictory as a
Type of Legitimation of The Jurisdictional Service*

Andrea Boari Caraciola¹

Sumário: 1. Acesso à Justiça como direito fundamental processual; 2. Contraditório participativo: expressão de um Estado de direito na tecetura das bases democráticas da jurisdição; 3. Expressões do contraditório e vedação das decisões surpresa; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Analisada a cláusula do acesso à Justiça como direito fundamental, nela compreendido o direito a uma tutela adequada, tempestiva e efetiva face ao conflito de direito material controvertido, o presente trabalho objetiva problematizar e apresentar algumas reflexões sobre a importância do contraditório participativo como vetor de legitimação das decisões judiciais. Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito, o contraditório participativo traduz as bases democráticas da jurisdição, vez que possibilita a construção da prestação jurisdicional a partir de um método de debate, assegurado às partes o direito de influir no resultado da lide. O ensaio se caracteriza como um estudo crítico, doutrinário e jurisprudencial, construído a partir de uma perspectiva histórica e que, ao final, centraliza o objeto de análise na vedação das decisões surpresa, no ordenamento processual civil italiano e brasileiro, de modo a sobrelevar a importância da previsibilidade

1 Pós-Doutora em Direito Processual Civil – Ciências Jurídico-Civis pela Universidade de Lisboa, Pós-Doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos – IGC da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Líder do grupo de pesquisa (CAPES – CNPQ) “Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo”. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do IBEROJUR - Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos. Advogada em São Paulo. Endereço eletrônico: caraciola@me.com

na relação processual como contributo para a efetividade da prestação jurisdicional e sua legitimidade. Segundo a ótica do Estado constitucional, toda decisão judicial há de ser precedida da efetiva oportunidade de que as partes possam sobre ela influir, tendo em vista fornecer ao juiz condições de melhor conhecer o tema a ser decidido. Neste sentido, vedada está a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quiçá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo, nulidade esta que macula as bases democráticas da jurisdição e, em consequência o Estado de Direito.

Palavras-chave: Direito fundamental ao acesso à Justiça; Contraditório; Prestação Jurisdicional.

Abstract: Having analyzed the clause on access to Justice as a fundamental right, including the right to adequate, timely and effective protection in the face of the conflict of controversial material law, the present study aims to problematize and present some reflections on the importance of the participatory contradictory as a vector of legitimation. judicial decisions. An essential element to the process as a manifestation of the rule of law, the participatory contradictory reflects the democratic bases of jurisdiction, since it allows the construction of jurisdictional provision through a method of debate, ensuring the parties the right to influence the outcome of the dispute. The essay is characterized as a critical, doctrinal and jurisprudential study, built from a historical perspective and, in the end, centralizes the object of analysis in the sealing of surprise decisions, in the Italian and Brazilian civil procedural order, in order to elevate the importance of predictability in the procedural relationship as a contribution to the effectiveness of the jurisdictional provision and its legitimacy. According to the perspective of the constitutional state, every judicial decision must be preceded by the effective opportunity that the parties can influence it, in order to provide the judge with conditions to better understand the issue to be decided. In this sense, the possibility of a party being surprised, perhaps impaired, is forbidden, due to elements on which the magistrate has not provided the prior and due debate in court, nullity that stains the democratic bases of the jurisdiction and, consequently, the Rule of law.

Keywords: Basic right to access Justice; Contradictory; Jurisdictional Service.

1. Acesso à Justiça como direito fundamental processual

Categorizado o acesso à Justiça como requisito nuclear de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, impõe-se considera-lo como o mais básico dos direitos fundamentais.

Extraí-se da relevância de que se reveste a questão adstrita ao acesso à Justiça, a preocupação de toda a processualística moderna e mundial para com a concretude da Justiça, uma vez que em constante transmutação a atender as exigências sociais, já não mais se exaure na possibilidade de ingresso ao Judiciário e exercício do direito de ação, mas abarca também, e principalmente, o direito conferido ao jurisdicionado à obtenção de uma tutela adequada à natureza do direito material controvertido e que venha a conferir ao jurisdicionado, num prazo razoável e observado o devido processo legal, exatamente aquilo a que tem direito de obter², a partir do desenvolvimento de uma relação processual participativa, assegurado às partes, o direito de influir na conformação da prestação jurisdicional.

Analizada sob perspectiva história, a temática do acesso à Justiça passou a constituir centro de atenção no período do pós-guerra, quando da constitucionalização dos direitos fundamentais e lineamento do Estado democrático de direito. O ideal de acesso à Justiça evoluiu paralelamente à passagem da concepção liberal para a concepção social do Estado moderno. Inicialmente, a participação do Estado estava circunscrita à declaração formal dos direitos humanos, época na qual prevalecia como vertente dominante o *laissez-faire*, na qual todos eram presumidos iguais e a ordem constitucional se restringia a criar mecanismos de acesso à Justiça, sem grandes e relevantes preocupações com sua eficiência prática ou efetiva. Diferenças econômicas ou institucionais não

2 Clássica e emblemática a máxima de Chiovenda: «Il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha um diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire». CHIOVENDA, Giuseppe. "Saggi di diritto processuale civile". Vol.I. Roma, 1930. p.110.

eram cogitadas pelo ordenamento jurídico. Já no século XX, todavia, o coletivo passou a ser o centro da política governamental e legislativa nos países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, e as Constituições contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Fora assumido o encargo político não só de definir e declarar os direitos fundamentais, mas também, de garanti-los, tornando-os efetivos e realmente acessíveis a todos. O Estado Social de Direito assumiu, desta forma, o encargo de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais. É neste contexto que exsurge a temática do acesso à Justiça como uma questão de exercício da cidadania, passando o processo, instrumento de atuação de uma das principais garantias constitucionais, a ser revisitado.³

Como A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais foram materializadas e se consolidaram na jurisprudência dos tribunais constitucionais e nas cortes internacionais de direitos humanos, destacando-se aqui a fundamental relevância da Corte Européia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que consagraram a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental, elencando garantias fundamentais do processo, notadamente as adstritas ao devido processo legal, como alicerces do Estado Democrático de Direito.⁴

Como consequência desse fenômeno, nítida a constatação segundo a qual, superada a dimensão puramente técnica e socialmente neutra, a questão do acesso à Justiça e da técnica processual, se apresentam direcionadas a uma finalidade social:

3 THEODORO JÚNIOR, Humberto. “Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais”. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 31/12/2020.

4 THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Jose Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. “Revista de Processo”, v. 168. Fev/2009. p. 108

pacificação com Justiça. Não basta mais ao processualista dominar os conceitos e categorias fundamentais do direito processual, sendo necessário ir além e decodificar no processo como instrumento de efetivação de uma garantia constitucional, assegurando a todos o pleno acesso à tutela jurisdicional, que há de se realizar-se de modo a garantir a plena participação de todos os envolvidos na lide.

No que toca ao ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal, promulgada em 1988 foi extremamente pródiga em relação ao processo, estabelecendo um verdadeiro sistema de tutela constitucional. Sob a égide da cláusula do amplo acesso à Justiça e da tutela tempestiva⁵, a Carta brasileira garante muito mais do que o simples ingresso em juízo e mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, garante sim o direito a uma tutela justa, adequada ao plano material e efetiva⁶, garantias estas a serem efetivadas à luz de um contraditório participativo, evitando-se qualquer decisão judicial que venha a surpreender as partes acerca de fundamentos sobre os quais as mesmas não tenham podido influenciar a formação da convicção do juiz.

2. Contraditório participativo: expressão de um Estado de direito na tecetura das bases democráticas da jurisdição

O processo, no Estado Democrático de Direito, não se exaure nem se realiza como o simples e formal acesso à Justiça,

5 Importante salientar que no Brasil, a Constituição Federal de 1988 assegura em seu artigo 5º, inciso XXXV, o direito de acesso à Justiça, «A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito», garantia esta à qual se acresce a previsão introduzida pelo inciso LXXVIII, «a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação»..

6 Segundo Luiz Guilherme Marinoni: «O princípio da inafastabilidade não garante apenas uma resposta jurisdicional, mas a tutela que seja capaz de realizar, efetivamente, o direito afirmado pelo autor [...]. Desta forma, o direito à adequada tutela jurisdicional garantido pelo princípio da inafastabilidade é o direito à tutela adequada à realidade de direito material e à realidade social». MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela antecipatória”, in: Revista dos Tribunais. Ano 83. n.706. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 1994. p.56.

demandando que se proporcione uma tutela procedimental e substancialmente justa a quem dela necessite. É neste contexto que surge o contraditório, como essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, assecuratório de um processo democrático, na medida em que legitima o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual.

No atual estágio da ciência processual, o contraditório há de ser revisitado e atualizado, objetivando-se ultrapassar a sua concepção meramente formal, traduzida pelo binômio informação-reação, tendo em vista abranger o dever de efetivo diálogo ou a possibilidade de efetiva participação de todos aqueles que participam no e do processo.

Neste sentido a preleção de José Roberto dos Santos Bedaque que, ao definir contraditório, estabelece a inequívoca pertinência do tema para com o Estado democrático de Direito: «Contraditório nada mais é do que o conjunto de atividades desenvolvidas pelos sujeitos do processo, reveladoras da existência do diálogo entre eles, visando à correta formação do provimento jurisdicional».⁷

Necessário possibilitar às partes, no iter procedimental, o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e o seu resultado, desenvolvendo a defesa das próprias razões antes da prolação da decisão.

Decorre o contraditório do amplo direito de defesa, a conferir previsibilidade ao réu, o que se afigura indispensável a fim de que consiga avaliar o que de pior possa acontecer face ao acolhimento do pedido e para que possa se orientar e decidir acerca da sua atuação em juízo, o que inclui, até mesmo, a decisão de não se defender.

Imperioso decodificar, pois, o contraditório como um valor-

7 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. "Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)". São Paulo: Malheiros, 1998. 5ªed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p.128-130.

fonte do processo, na medida em que é responsável pela promoção do exercício de uma democracia participativa, caracterizando-se como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo.⁸

3. Expressões do contraditório e vedação das decisões surpresa

Refletindo a dialética do processo, o contraditório é dotado de conteúdo múltiplo, de sorte que se nos afigura relevante sublinhar as suas várias expressões, já que na atualidade, já não há mais ser decodificado como simples bilateralidade da instância, na qual apenas as partes são seus destinatários, reduzido o seu conteúdo ao binômio conhecimento-reação. Essa, a expressão do contraditório em sentido fraco, tal qual afirma a doutrina italiana, aqui exteriorizada a partir da preleção de NICOLA PICARDI, segundo a qual se exclui o juiz como um de seus destinatários e que se esgota no direito de uma parte conhecer as alegações feitas pela outra e se manifestar a esse respeito.⁹

Em contraposição ao denominado contraditório fraco, exsurge, ainda nos termos de PICARDI, o chamado contraditório em sentido forte¹⁰, que não se esgota no binômio ação-reação, de sorte a ultrapassar essa visão estática do contraditório, para compreender o direito de influência no desenvolvimento do processo e na formação da decisão judicial que será suportada pelas partes, exurgindo como um instrumento adequado para a busca da verdade no processo por meio do debate em juízo como mecanismo assecuratório da Justiça da decisão, porquanto a lei, ao prever a participação dos sujeitos processuais na solução do

8 CAVANI, Renzo. “Contra as ‘nulidades-surpresa’: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual”. Revista de Processo. vol. 218/2013, p. 65-68, abr. 2013.

9 PICARDI, Nicola. “Il principio del contraditório”. Rivista di Diritto Processuale. n. 3, Padua: Cedam, jul.-set. 1998, p. 675-680.

10 PICARDI, Nicola. “Il principio del contraditório”. Rivista di Diritto Processuale. n. 3, Padua: Cedam, jul.-set. 1998, p. 675-680.

conflito, tem em vista a justa composição da lide.

Imanente ao modelo constitucional do processo, o contraditório não se restringe às partes, de sorte a englobar, também, a participação do juiz que, desta forma, na condução do processo, tem o poder-dever de conferir e possibilitar-lhes tratamento racional e igualitário, evitando que as partes sejam surpreendidas com decisões inesperadas, a respeito de pontos sobre os quais não tenha havido prévio debate. Fundamental esse entendimento para que se possa identificar no contraditório a garantia de participação a partir do trinômio: informação necessária, reação possível e diálogo pertinente, sendo assegurado às partes o direito de influência no desenvolvimento do processo e na construção da decisão judicial a ser por elas suportada. É nessa perspectiva que deve ser entendida a previsão legal veiculada no caput do artigo 9º. do Código de Processo Civil brasileiro: “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”.

Imperioso destacar que o contraditório situações que compreendem o direito de receber informações adequadas e tempestivas sobre as atividades realizadas, as iniciativas empreendidas e os atos de impulso realizados pela parte contrária e pelo juiz, durante todo o processo; o direito de defender-se ativamente, posicionando-se sobre cada questão que seja relevante para o deslinde da causa; como de resto, também, o direito de pretender que o juiz leve em consideração as suas defesas, as suas alegações e as suas provas, quando da prolação da decisão.¹¹

Segundo a ótica do Estado constitucional, impõe-se que toda decisão judicial seja precedida da efetiva oportunidade de que as partes possam sobre ela influir, ainda que se trate de matéria de ordem pública, sobre a qual se impõe o dever de conhecimento de ofício pelo juiz, tendo em vista propiciar às partes apresentar elementos de informação que possibilitem ao juiz melhor conhecer

11 THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). “Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais”. Rio de Janeiro: GZ, 2012, p. 283.

o tema a ser decidido. Neste sentido, vedada está a possibilidade de uma parte ser surpreendida, quiçá prejudicada, em razão de elementos sobre os quais não tenha o magistrado proporcionado o prévio e devido debate em juízo, ainda que cognoscíveis de ofício.

Nessa esteira, em decorrência da garantia constitucional do contraditório, proíbe-se a chamada decisão surpresa, que se caracteriza como uma decisão lastreada em premissas que não tenham sido objeto de prévio debate entre as partes ou a respeito das quais não se tenha tomado prévio conhecimento no processo em que proferida. Impõe-se ao juiz, sob essa perspectiva, sob pena de caracterização de uma sentença de *terza via*¹², consoante doutrina italiana, aqui destacada a lição de VITTORIO DENTI, o poder-dever de ouvir as partes sobre todos os pontos do processo, notadamente sobre aqueles que poderão ser objeto de decisão judicial, seja a requerimento da parte ou, até mesmo, de ofício.

Ao magistrado é vedado, em observância à previsibilidade inerente ao direito de defesa, bem como em respeito ao contraditório, conhecer do que não tenha sido solicitado, apreciar questões que venham a extrapolar o quanto pelas partes tenha sido postulado, bem como considerar fatos que por elas não tenham sido deduzidos. Diante de qualquer prova produzida e inserida nos autos, deve o magistrado, para atender à garantia constitucional e, nesse sentido, evitar surpresas, proporcionar ciência aos interessados para que, em querendo, possam exercitar o contraditório.

Interessante aqui sublinhar a previsão legal veiculada no Código de Processo Civil italiano que, mesmo antes da Reforma realizada em 18 de junho de 2009, já continha em seu artigo 183, parágrafo 4º, aplicável ao rito ordinário, a seguinte redação: “o juiz deve indicar às partes as questões que podem ser abordadas de ofício e sobre as quais reputa oportuna a discussão”, dispositivo legal este que expressamente consignava o dever imposto ao juiz

12 DENTI, Vittorio. “Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio”. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 2. Padua: Cedam, abr.-jun. 1968, p. 217-231. Conferir ainda: GRADI, Marc. “Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della ‘terza via’”. *Rivista di Diritto Processuale*. n. 4. Pádua: Cedam, jul.-ago. 2010, p. 826-848.

de provocar o debate das questões cognoscíveis de ofício, mas não cominava nenhuma sanção ao seu descumprimento. Hoje, após a Reforma, o Código de Processo Civil italiano prevê em seu novo e atual artigo 101 que: “o juiz, salvo se a lei dispuser de forma diversa, não pode decidir qualquer questão se a parte contra a qual é proposta não tiver a oportunidade se sobre essa questão se manifestar”.¹³

Transposta a questão para o ordenamento pátrio, temos que a correta aplicação da norma legal veiculada no novo Código de Processo Civil brasileiro, em seu artigo 10, no que toca ao reconhecimento de matérias de ordem pública, impõe, sim, a observância do contraditório, sob pena de caracterização das “nulidades-surpresa”, derivadas de um vício resultante de um exercício inválido do poder de decisão perpetrado pelo magistrado.

4. Considerações finais

Diante do exposto, uma conclusão é inevitável: não se há como desvincular o fenômeno jurídico dos acontecimentos históricos! Os direitos fundamentais possuem uma carga dinâmica, na medida em que inseridos no quadro de conquistas da humanidade ao longo dos tempos e das lutas sociais.

Aproximando a análise da questão do nosso objeto de investigação, o direito à tutela jurisdicional vem previsto no ordenamento constitucional brasileiro no artigo 5º, inciso XXV, da Constituição Federal de 1988: “a lei não excluirá da apreciação

¹³ Vale destacar o julgado da Corte de Cassação italiana, que examinou o problema da decisão-surpresa: “La violazione del dovere di collaborazione, integrata dalla mancata segnalazione delle questioni che il giudice ritiene di sollevare d’ufficio, determina, nel caso in cui si tratti di questioni che aprono nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, nullità della sentenza per avere violato il diritto di difesa delle parti (art. 24 Cost.), privandole dell’esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie, sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria” (Corte di Cassazione, Sez. III civ., Sentenza n. 16577, decisão de 05.08.2005). Conferir: MALLETT, Estêvão. “Notas sobre o problema da chamada ‘decisão surpresa’”. Revista de Processo, vol. 233/2014– 64, Jul / 2014, p. 43.

do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se da consagração do direito fundamental à tutela jurisdicional, segundo o qual toda lesão ou ameaça a direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário. Este direito humano fundamental outorga o direito de ação, cujo alcance e o conteúdo não se esgotam no mero ingresso ou acesso formal ao Poder Judiciário, mas perpassam uma série de princípios e garantias inerentes ao devido processo legal, notadamente o do contraditório, ampla defesa e, em consequência, a vedação de decisões surpresa.

Elemento essencial ao processo enquanto manifestação do Estado de Direito e que se traduz numa garantia fundamental de Justiça, exsurge o contraditório como assecuratório de um processo democrático, na medida em que legitima o ato de poder do Estado em virtude do diálogo estabelecido entre o juiz e as partes no decorrer da relação processual, de sorte a estar maculada de nulidade qualquer decisão, sem que às partes seja possibilitada manifestação acerca das questões objeto do litígio.

5. Referências Bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). São Paulo: Malheiros, 1998.

CAVANI, Renzo. Contra as “nulidades-surpresa”: o direito fundamental ao contraditório diante da nulidade processual. Revista de Processo. vol. 218/2013, abr. 2013.

CHIOVENDA, Giuseppe. Saggi di diritto processuale civile. Vol.I. Roma, 1930.

DENTI, Vittorio. Questioni rilevabile d’ufficio e contraddittorio. Rivista di Diritto Processuale. n. 2. Padua: Cedam, abr.-jun. 1968.

GRADI, Marc. Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della “terza via”. Rivista di Diritto Processuale. n. 4. Pádua: Cedam, jul.-ago. 2010.

MALLET, Estêvão. Notas sobre o problema da chamada “decisão surpresa. Revista de Processo, vol. 233/2014, Jul / 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. “Efetividade do processo e tutela antecipatória.” Revista dos Tribunais. Ano 83. n.706. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ago. 1994.

NERY JUNIOR, Nelson Nery. Princípios do processo na Constituição Federal. 12^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. Rivista di Diritto Processuale. n. 3, Padua: Cedam, jul.-set. 1998.

SOUZA, André Pagani de. Vedação das decisões-surpresa no processo civil. São Paulo: Saraiva, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>. Acesso em: 31/12/2020.

THEODORO JUNIOR, Humberto; CALMON, Petrônio; NUNES, Dierle (Coord.). Processo e Constituição: os dilemas do processo constitucional e dos princípios processuais constitucionais. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle Jose Coelho. “Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual”. Revista de Processo, v. 168. Fev/2009.

Alfabetización e inclusión financiera como mecanismo de inclusión social y desarrollo sostenible

Literacy and financial inclusion as a mechanism for social inclusion and sustainable development

María Augusta Camacho Zegarra¹

Sumario: 1. Alfabetización y educación financiera; 2. Inclusión financiera; 3. Inclusión Social; 4. Alfabetización financiera y desarrollo sostenible; Consideraciones finales.

Resumen: En un mundo en el que la tecnología está abarcando todos los campos del conocimiento, que simplifica procesos y permite el acceso de más personas a servicios básicos, analizamos la Alfabetización financiera porque permite a las personas acceder a servicios financieros formales, de modo que puedan potenciar sus beneficios a través de microcréditos para emprendimientos, tomar decisiones más eficientes en la administración de sus recursos financieros, acceder a mejores condiciones de vida y a un desarrollo sostenible. El crecimiento económico trae consigo la necesidad de que las personas sepan cómo manejar sus finanzas personales, y en ese sentido, las iniciativas de educación financiera pueden convertirse en un complemento importante de los procesos de inclusión financiera e inclusión social. En consecuencia, se hace imperativo incrementar las políticas públicas en Latinoamérica para desarrollar programas que se basen en la complementariedad entre la educación financiera, la inclusión social y el desarrollo.

Dentro de los objetivos de desarrollo sostenible trazados por la Organización de las Naciones Unidas, se encuentran la reducción de desigualdades, la eliminación de la pobreza, trabajo decente y crecimiento económico. En ese sentido la inclusión financiera se

¹ Abogada, Catedrática de la Facultad de Derecho de la Universidad ESAN, Magister en Derecho de la Empresa, Especialidad en Derecho para el Desarrollo en IDLO, Italia. Doctora en Derecho por Universidad Católica Santa María, Perú. Post Doctorado en Derecho Público en Universidad Santiago de Compostela, España. Correo: mcamacho@esan.edu.pe, mcamachoz@hotmail.com.

convierte en un instrumento ideal para el logro hacia el 2030, de estos objetivos.

Palabras clave: Alfabetización financiera; Inclusión financiera; Inclusión social; Desarrollo sostenible.

Abstract: In a world in which technology is embracing all fields of knowledge, simplifying processes and allowing more people access to basic services, we analyze financial literacy because it allows people to access formal financial services, so that they can improve their benefits through microcredits for entrepreneurs, make more efficient decisions in the administration of their financial resources, access better living conditions and foster sustainable development. Economic growth brings with it the need for people to educate about personal money management, and in that sense, financial education initiatives can become an important complement to the processes of financial inclusion and social inclusion. Consequently, it is imperative to increase public policies in Latin America to develop programs that are based on the complementarity between financial education, social inclusion and development. Within the sustainable development goals set by the United Nations, are the reduction of inequalities, the poverty eradication, decent work and economic growth. In that sense, financial inclusion becomes an ideal instrument for achieving these objectives by 2030.

Keywords: Financial literacy; Financial inclusion; Social inclusion; Sustainable development.

1. Alfabetización y Educación Financiera

La educación financiera es el proceso por el cual los ciudadanos mejoran su comprensión de los productos financieros, beneficios y costos a través de información, o asesoramiento objetivo, con el fin de desarrollar habilidades y confianza para ser más conscientes en la administración de sus recursos, de los riesgos y oportunidades financieras, tomar decisiones informadas, comprender un costo financiero como las tasas de interés y trasladar este costo a su producto, proveniente de un emprendimiento o empresa familiar, conocer sus derechos, ejercer cualquier acción eficaz para mejorar

su bienestar económico.²

En sentido amplio, la educación financiera la necesitamos todos, se requiere de ella tanto como conocer los derechos que tenemos y que nos permiten ejercerlos e insertarnos en la sociedad. La alfabetización es aún más profunda porque está dirigida a un sector con difícil acceso a la información, con muchas carencias no solo en educación, sino de todo tipo, sectores vulnerables a causa de la pobreza, género, analfabetismo -que en Latinoamérica llega a 32 millones de personas según datos de la UNESCO-, o porque pertenecen a comunidades rurales, fuera del alcance de la tecnología, de las actividades económicas formales, así como de las cifras estadísticas. Esa es la realidad de la mayoría de los países latinoamericanos, que aún cuenta con poblaciones numerosas sin acceso a servicios básicos.

La alfabetización financiera permite el desarrollo de habilidades y actitudes para la gestión de las finanzas personales, las cuales generan cambios positivos en el comportamiento de las personas. Un capital semilla o crédito para un emprendimiento puede cambiar la realidad de una familia y sustraerla de la pobreza, beneficiar la economía agrícola e incluso generar oportunidades de trabajo. Denominada alfabetización financiera, como señala la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y su Red Internacional de Educación Financiera OCDE/INFE: es una combinación de conciencia, conocimiento y comportamiento necesarios para tomar decisiones financieras sólidas y en última instancia lograr el bienestar financiero individual.

Cuando se trata de evaluar la alfabetización o educación financiera las preguntas que se hacen cubren la planificación y administración de las finanzas, la elección y el uso de productos financieros. El cuestionario diseñado por Consumer Financial Protection Bureau formula preguntas que reflejan aspectos

2 ROA, M. Inclusión Financiera en América Latina y el Caribe: acceso, uso y calidad. Boletín del CEMLA, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, Vol. 59, Issue 3. México, 2013.

identificados con el trabajo de la OCDE sobre bienestar financiero, también sobre servicios financieros digitales y cripto-activos. Una correcta evaluación sobre la elección y uso de productos o servicios financieros, es necesario para desarrollar indicadores de inclusión financiera³, la lista de servicios financieros debe cubrir ahorros, inversiones, créditos, garantías. A esta tarea se suma desde el año 2009 la Alianza para la inclusión financiera, que es una red global de responsables de política financiera en países desarrollados y en desarrollo, que en conjunto diseñan estrategias para el acceso de los sectores pobres a los servicios financieros.

Con respecto al cliente financiero, también es necesario considerar las variables que podrían tener incidencia en la alfabetización financiera: edad, género, sector o actividad productiva, grado de instrucción, calidad y cantidad de servicios financieros a los que accede: sean éstos ahorros, financiamiento, seguro, planes previsionales o inversiones.

Según las herramientas OCDE/INFE⁴ es medible el conocimiento y comportamiento financiero, así como alfabetización e inclusión financiera, que son factores distintos y además contrastables con los de otros países, como los desarrollados, de los que se puede aprender cómo generar condiciones de desarrollo social. La inclusión financiera comprende una serie de servicios financieros a los que podrían acceder aquellos a los que no alcanzan los servicios tradicionales bancarios.

De las investigaciones efectuadas por organismos como el Banco de Desarrollo de América Latina, la necesidad en materia de educación financiera es inminente, por lo cual es necesario un mayor esfuerzo en términos de implementación de medidas de alfabetización financiera, así como de su medición. Esto junto con una evaluación de impacto más completa de los programas

3 OCDE. OECD/INFE Toolkit for Measuring Financial Literacy and Financial Inclusion. Centro OCDE/CVM de Educación y Alfabetización financiera para América Latina y El caribe, 2018, pp.16.

4 Organization for Economic Cooperation and Development & Financial education and consumer protection.

existentes, ayudaría a generar resultados medibles. El acceso universal al financiamiento ha sido reconocido como un pilar del desarrollo global.

2. Inclusión Financiera

La inclusión financiera está referida a la facilidad y el acceso de los integrantes de una economía para alcanzar los servicios financieros formales, tales como depósitos bancarios, cuentas de ahorro, transferencias bancarias, créditos y otros, se le denomina también Profundización financiera. Aunque el acceso a los servicios financieros es una condición necesaria, esta no es suficiente para lograr la inclusión financiera. El Banco Mundial señala que el acceso a los servicios financieros van desde los más básicos hasta aquellos que cubren contingencias o emergencias.⁵ Podría ser una mecanismo para cambiar el destino de una familia y constituir una herramienta para lograr el progreso.

La inclusión financiera es además un mecanismo valioso en la reducción de la pobreza y la prosperidad de las poblaciones emergentes, su análisis depende del ámbito y el contexto geográfico⁶. Permite a las personas, pequeños empresarios y sus familias aprovechar oportunidades económicas a través de políticas sostenibles que constituyan un soporte para el derecho al desarrollo.

En un contexto de crecimiento económico surge la idea de la economía creativa donde muchos autores apoyan la idea y se pronuncian sobre este tema, refiriéndose a la “culturización de los negocios” con el objetivo de expansión⁷. Una muestra clara de

5 CARDONA, Daniel, Hoyos, M., Saavedra-Caballero, F. Género e inclusión financiera en Colombia, *Ecos de Economía: A Latin American Journal of Applied Economics*, vol. 22, no.46, Colombia, 2018, pp.62.

6 BARRUETABEÑA, E. 2020. La influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera. *Boletín económico/Banco de España*, no. 1, España, 2020, pp.3.

7 DE PAULA, N. Inclusão Social por meio da Economia Criativa: Um Modelo de Negócio Sustentável. *Revista Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*, vol. 3, Tomo I, Brasil, 2015, pp.253.

cómo genera un impacto positivo en la economía de las personas, es el caso de las remesas que los migrantes envían a sus países de origen, según datos de UNDESA⁸ existen aproximadamente 272 millones de migrantes en el mundo, de los cuales el 14.6% provienen de Latinoamérica y envían a sus países de destino remesas de alrededor de 80 mil millones de dólares al año, cuyos principales países beneficiarios son México, Guatemala, República Dominicana y El Salvador, Perú se encuentra en el séptimo lugar y Brasil en el noveno. Estas remesas, benefician a 750 millones de personas en el mundo y el 40% se destina a zonas agrícolas, mejorando allí las condiciones de vida de personas. Estas remesas son transferidas por el sistema financiero y requieren de conocimiento para cobrarlas y administrarlas., constituyéndose en un instrumento de desarrollo. Así la inclusión financiera juega un rol muy importante en el desarrollo de las economías, y desde la perspectiva del Estado, bancos centrales, órganos reguladores del sistema financiero, requiere poner a disposición de los microempresarios, posibilidades de financiamiento. En tiempo de pandemia, se hubiera evitado el contagio de Covid-19 si más personas hubieran tenido una cuenta bancaria para acceder a los subsidios que otorgaron los diferentes Estados, a los más desfavorecidos.

La conexión entre la alfabetización e inclusión financiera y el desarrollo se basa en la relación que tiene la primera con aspectos importantísimos como acceso a salud y educación, sumados a los analizados, a través de créditos educativos, becas con fondos retornables, así como planes o hasta seguros de salud. Esto incluye la tarea de alfabetizar a los integrantes de la comunidad en cómo aprovechar estos servicios y potenciarlos en el emprendimiento, que permite a las poblaciones más excluidas la oportunidad de servicios básicos y de acceso a un progreso social. Dado que la inclusión financiera es un eje habilitador del desarrollo de las economías y en consecuencia, un elemento clave para la reducción

de la pobreza⁹, es un tema de atención en las actuales gestiones y planes de gobierno, así como de consideración de los sistemas financieros de muchos países.

El reporte de Global Findex del Banco Mundial de 2017-2018 muestra el porcentaje de profundización financiera en Latinoamérica, en relación al PBI, del cual se desprende que Chile está bordeando el 74.3% en este indicador, Colombia aproximadamente 60%, Perú con 51%, seguido de México con 36.9%. La consideración también está en función de la cantidad de habitantes, Brasil es el país que tiene mayor cantidad de oficinas bancarias, así como de tarjetas de crédito, situación similar a México y Argentina.

De hecho, en los últimos diez años, desde que se impulsó este proceso, ha habido un incremento interesante, a partir especialmente de creación de más centros de atención, de cajeros automáticos ATM¹⁰, de medidas interesantes como la creación de dinero electrónico¹¹, pagos por internet, hasta modalidades más sofisticadas que se complementan con la tecnología, como las Fintech, los bitcoin, entre otros. En general, se estima que en Latinoamérica para el año 2030, puede mejorar la inclusión financiera, pero sin duda, se trata de un proceso que requiere una serie de medidas, implementación de sistemas al alcance de la mayoría de las personas, a partir principalmente de la alfabetización financiera, a los que hay que sumar la tecnología, infraestructura y conectividad.

3. Inclusión social

La educación financiera otorga mayor empoderamiento a los sectores desfavorecidos, habitantes de zonas rurales, así

9 Ibídem, pp.63.

10 ATMIA (ATM Industry Association), indica que la penetración óptima de este instrumento es de un ATM por cada 1,000 personas y en el año 2016 habían 3.22 millones de éstos en el mundo, de los cuales, el 28% de disposiciones de dinero por este medio se realizan en Europa.

11 Ley 29985: Ley del dinero electrónico, 17 de enero de 2013, Perú.

como a las mujeres, tanto en sus emprendimientos como en la administración de sus finanzas básicas. Una de las mayores barreras para la inclusión financiera, y por lo tanto, la inclusión social, es el desconocimiento o incluso el analfabetismo, la poca confianza en el sistema financiero, los costos, la conectividad, la infraestructura tecnológica y otros riesgos.¹² Sin embargo, visto de otro lado, la innovación para digitalizar los servicios financieros impulsan la transparencia, reducen costos, contribuyen a administrar riesgos, incrementan la eficiencia y la seguridad, lo que facilita el aumento del acceso y el uso de los servicios financieros, nada de lo cual ofrece la informalidad. No obstante, su implementación debe ir acompañada de un marco legal que garantice la protección del consumidor y permita mejores prácticas e iniciativas para promover la inclusión financiera y a las instituciones financieras cumplir con las exigencias normativas internacionales de prevención de lavado de dinero y financiamiento al terrorismo

Durante la última década, la mayoría de las economías de América Latina y el Caribe han mostrado un crecimiento sostenido que ha tenido como resultado un incremento de su clase media. A pesar de estos avances, los niveles de pobreza y desigualdad siguen siendo altos y la exclusión financiera continúa afectando a sectores, tanto de la población urbana como rural, lo que puede dificultar el futuro desarrollo económico y social de la región.¹³

Por otra parte, el crecimiento económico trae consigo la necesidad de que las personas sepan cómo manejar sus finanzas personales y beneficiarse de los mercados financieros más desarrollados, así como de los productos financieros más a su alcance. En este sentido, las iniciativas de educación financiera pueden convertirse en un complemento importante de los procesos

12 ALDASORO, B. 2020. Mejores prácticas sobre iniciativas para promover la inclusión financiera de receptores de remesas en el ámbito rural. Documentos de Proyectos CEPAL, 2020, pp.21.

13 Documento CAF Banco de Desarrollo de América Latina, La educación financiera en América Latina y el Caribe, Serie Políticas públicas y transformación productiva, no.12, 2013, pp.16.

de inclusión financiera y las medidas de reducción de la pobreza. Existe un creciente grado de concientización mundial sobre la necesidad de promover cambios positivos en el comportamiento económico y en los niveles de educación financiera de los individuos y los hogares. Esa conciencia es consecuencia de varios factores, entre los que se incluyen retos económicos y la evidencia de bajos niveles de educación financiera.

En consecuencia, las autoridades públicas de la región han desarrollado programas que se basan en la complementariedad entre la educación financiera, la inclusión y el desarrollo del capital social. Un ejemplo reciente de esta dinámica es la inclusión de la educación financiera en los programas de transferencias monetarias condicionadas. La encuesta regional analizada en este documento ha permitido identificar prácticas innovadoras y ejemplos relevantes de la cooperación interinstitucional, así como la existencia de algunas estrategias nacionales orientadas a la promoción de la educación financiera, las cuales han contado con un importante apoyo político.

Así la alfabetización financiera se ha convertido en una prioridad para las instituciones públicas a nivel mundial, así como para los organismos internacionales, las instituciones multilaterales y foros internacionales como la OCDE, el Banco Mundial, el G-20, el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), entre otros.

4. Alfabetización financiera y Desarrollo sostenible

Cuando se trata de la protección del consumidor financiero, la educación financiera puede proporcionar a las personas el conocimiento de sus derechos y la comprensión de las obligaciones de las entidades financieras, tomando decisiones más acertadas para sus intereses.

El principal desafío de América Latina y el Caribe es, por lo tanto, lograr una reducción de las desigualdades sociales sin

dejar de lado la dinámica de crecimiento económico y desarrollo, mediante una efectiva reducción de la concentración de los ingresos y mayor profundización de todos los sectores a la bancarización e inclusión financiera. En este contexto, la capacidad de los sectores de bajos ingresos de aprovechar las nuevas oportunidades depende de manera crítica de sus habilidades, incluyendo la educación, especialmente financiera.

Son beneficios potenciales de la inclusión financiera el uso de servicios digitales, incluido el dinero electrónico, las tarjetas de pago, las aplicaciones de banca electrónica, instrumentos que la tecnología financiera puede aportar al desarrollo sostenible. Su llegada ha disminuido considerablemente el uso de papel para todas las operaciones bancarias, genera menos basura o residuos, incrementa la seguridad de no tener dinero efectivo a la mano, tiene en cuenta las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental.

El índice de pobreza de un país refleja la magnitud de la pobreza humana en ese país,¹⁴ utiliza indicadores de las dimensiones más básicas de la privación: una vida corta, falta de educación básica y falta de acceso a los recursos públicos de salud y recursos privados. En efecto, la educación financiera es una de las herramientas de política actualmente implementadas para mejorar los índices de inclusión social, por lo tanto, de acceso al desarrollo.

Para las economías de América Latina la inclusión financiera es una prioridad, ya que ésta tiene el potencial de generar un efecto positivo sobre la desigualdad y la pobreza, así como sobre el crecimiento económico. Por lo general, se considera que un aumento de 10% en el acceso a los servicios financieros genera una reducción de 0,6 puntos en el coeficiente de desigualdad de Gini ¹⁵ mientras que un aumento de 10% en el crédito privado

14 CAF Banco de Desarrollo de América Latina, Op. Cit. p.20.

15 El índice de Gini mide el grado en el cual la distribución de los ingresos o los gastos de consumo de los individuos u hogares dentro de una economía se desvía de una distribución perfectamente igual. Un índice de Gini de 0 representa la igualdad perfecta, mientras que un índice de 100 indica una desigualdad perfecta.

reduce la pobreza en cerca de 3%.¹⁶

El acceso a los servicios financieros en general, y al crédito en particular, es bajo en América Latina. Las razones fundamentales están asociadas a la falta de un marco institucional que promueva la competencia y el desarrollo del sistema financiero. Lo ideal sería que los bancos ofrezcan sus servicios a poblaciones geográficamente dispersas o a aquellos con bajos niveles de ingresos. Por consiguiente, las estrategias de inclusión financiera deben centrarse en reducir estas barreras de acceso y aplicar los planes de alfabetización financiera puesta en marcha. Los procesos de inclusión financiera deben complementarse con un componente de educación financiera, ésta se asocia cada vez más con este tipo de iniciativas en Latinoamérica y en todo el mundo.

Existe una relación entre el ingreso, los niveles de educación y el acceso a los productos ofrecidos por el sistema financiero formal, a medida que el ingreso y el nivel de educación aumentan, también lo hace el acceso. Los usuarios de crédito son típicamente hombres, cabezas de familia, personas entre 30 y 49 años de edad, trabajadores asalariados e independientes, individuos con niveles de ingreso y de educación más altos.¹⁷ El tema de género también crea inequidades, en Perú por ejemplo, en depósitos en bancos: 46% provienen de hombres y 36% de mujeres, pero sorprendentemente en el ámbito rural: 22% provienen de hombres y 26% de mujeres.

Los grupos de población con mayores niveles de exclusión en el uso del crédito son las mujeres que no son jefes de familia, los jóvenes, los pensionistas, los estudiantes, las personas con menores ingresos y niveles de educación y la población rural, por lo tanto, es la más vulnerable.

La mayor parte de las personas tiene una relación renuente con los bancos y no se dan cuenta plena de los beneficios asociados con

16 CLARKE, George; Colin, L; Heng-Fu, X. Finance and Income Inequality: Test of Alternative Theories. World Bank Policy Research Working Paper No. 2984, EE. UU, 2003.

17 CAF Banco de Desarrollo de América Latina, Óp. Cit., p.30

la apertura de una cuenta bancaria u otros productos financieros. En términos lógicos, toda política de desarrollo y cualquier actividad humana deben evitar la producción de daños a los recursos naturales, pero la comprensión de esta forma de desarrollo no debe limitarse a sus aspectos económicos, ni siquiera a los ambientales. Si su última finalidad es propiciar mejores condiciones de vida, en el presente y en el futuro.

Los países que han logrado más avances con miras a la inclusión financiera son los que han creado un entorno normativo y reglamentario más claro, y han fomentado la competencia permitiendo a las instituciones bancarias y no bancarias innovar y ampliar el acceso a servicios financieros. La inclusión financiera y el desarrollo posibilitan mejores resultados si se presta atención a las necesidades propias de cada región o país.

Consideraciones finales

El fenómeno de la inclusión financiera debe ser tomado como un mecanismo para generar oportunidades, especialmente en los países no desarrollados y considerando que está directamente relacionado al crecimiento económico, ofrece la posibilidad a las personas de bajos recursos mejorar sus condiciones de vida, promover el emprendimiento, la generación de empresas unipersonales o familiares, como alternativa para incrementar sus ingresos, por lo que convierte en una valiosa herramienta para el desarrollo social y por lo tanto, puede disminuir la pobreza. Se hace necesario por tanto que la banca incremente su política de transparencia e información para mejorar la educación financiera, intensifique la alfabetización financiera, genere más mecanismos de atención y acceso a los individuos. El acceso universal al financiamiento ha sido reconocido como un pilar del desarrollo global, debe ir acompañada de un marco legal que garantice la protección del consumidor y permita mejores prácticas e iniciativas

para promover la inclusión financiera y a las instituciones

Referencias bibliográficas

ALDASORO, Blanca. 2020. Mejores prácticas sobre iniciativas para promover la inclusión financiera de receptores de remesas en el ámbito rural. Documentos de Proyectos CEPAL. p.67

BARRUETABEÑA, Esther. 2020. La influencia de las nuevas tecnologías en la inclusión financiera. Boletín económico/Banco de España, no. 1, España.

CARDONA, Daniel, Hoyos, María, Saavedra-Caballero, Fabiola. 2018. Género e inclusión financiera en Colombia, Ecos de Economía: A Latin American Journal of Applied Economics, vol. 22, no.46.

CLARKE, George; Colin, Lixin; Heng-Fu, Xou. 2003. Finance and Income Inequality: Test of Alternative Theories. World Bank Policy Research Working Paper No. 2984.

DE PAULA, Nathalie. 2015. Inclusão Social por meio da Economia Criativa: Um Modelo de Negócio Sustentável. Revista Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, vol. 3, Tomo I, Brasil.

Documento CAF Banco de Desarrollo de América Latina. 2013. La educación financiera en América Latina y el Caribe, Serie Políticas públicas y transformación productiva, no.12.

ROA, Maria. 2013. Inclusión Financiera en América Latina y el Caribe: acceso, uso y calidad. Boletín del CEMLA, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, Vol. 59 Issue 3. México.

Audiencia pública en la administración estatal en Argentina y Brasil: bases, orígenes y aplicaciones ambientales en actualidad

Public hearing in the administration in Argentina and Brazil: current bases, origins and enviromental applications

Carlos Augusto Motta Murrer¹

Sumario: Introducción; 1. Breves notas sobre los orígenes y la base democrática de la audiencia pública; 2. La audiencia pública en Argentina: usos, fines y normas; 3. La audiencia pública en Brasil: usos, fines y normas; De las consideraciones finales

Resumo: Este trabajo académico tiene como objetivo principal buscar la relación de causas, reglas y propósitos de las audiencias públicas en el ámbito del marco legal de Argentina y Brasil. Se toman como punto de partida dos de los órdenes más importantes de América Latina, buscando comprender las formas de control social en la toma de decisiones. Para lograr el objetivo principal de este estudio, es necesario comprender las bases de la democracia representativa y las diferencias estructurales de las Administraciones Públicas en Argentina y Brasil, así como conceptualizar y delimitar las audiencias y consultas públicas. Así los principales problemas de investigación son ¿Cómo se desarrolla la lógica de las audiencias públicas en Argentina y Brasil? ¿Cómo se presentan las causas para Administración Pública convocar y llevar a cabo audiencias públicas? ¿Son posibles las audiencias públicas influir en la toma de decisiones ambientales? Es una investigación cualitativa con exploración bibliográfica y documental de las leyes nacionales y la doctrina internacional. Los breves resultados: las bases de la audiencia pública son la de democracia participativa más allá de la ciudadanía con derechos y deberes y a pesar de las bases y situaciones estatales comunes entre Argentina y Brasil, se distinguen algunas características sobre las audiencias públicas: las situaciones obligatorias y el rigor de la administración pública.

¹ Professor de Direito Ambiental do UNIFAGOC. Pós-graduado em Direito Ambiental. Mestrando em Direito Administrativo pela Universidad de Buenos Aires. E-mail: carlos.murrer@gmail.com

Palabras Clave: Audiencia pública; Participación social; Audiencia ambiental

Abstract: The main objective of this academic work is to seek the relationship of causes, rules and purposes of public hearings within the scope of the legal framework of Argentina and Brazil. Two of the most important juridical orders in Latin America are taken as a starting point, seeking to understand the forms of social control in decision-making. To fulfil the main objective of this study, it is necessary to understand the bases of representative democracy and the structural differences of Public Administrations in Argentina and Brazil, as well as conceptualize and delimit public hearings. Thus, the main research problems are How does the logic of public hearings develop in Argentina and Brazil? How are the causes presented for Public Administration to convene and carry out public hearings? Are public hearings possible to influence environmental decision-making? This is a qualitative investigation with a bibliographic and documentary exploration of the national laws and international doctrine. The brief results: the bases of the public hearing are that of participatory democracy beyond citizenship with rights and duties and despite the common bases and state situations between Argentina and Brazil, some characteristics are distinguished about public hearings: the mandatory situations and the rigor of public administration.

Keywords: Public hearing; Social participation; Environmental audience

Introducción

Este breve ensayo tiene como objetivo demostrar las diferencias y congruencias entre la figura de la audiencia pública aplicada a las funciones estatales (y ambientales) en la práctica de Argentina y Brasil. Este trabajo académico busca sentar las bases conceptuales y democráticas para la audiencia pública como democracia participativa y fortalecimiento de la ciudadanía.

En este contexto, si pregunta, como un problema de investigación: ¿Cuáles son las bases legales, sociales y regulatorias para celebrar audiencias públicas en Argentina y Brasil? Además,

como una forma de revelar la realidad de las dos naciones, ¿cuáles son los usos, propósitos y obligaciones de las audiencias públicas? ¿Cómo se presentan las causas para Administración Pública convocar y llevar a cabo audiencias públicas? ¿Son posibles las audiencias públicas influir en la toma de decisiones ambientales?

Con estas preguntas surge una hipótesis (y su negación inmediata): ambos estados están en el mismo nivel de estandarización, tienen orígenes similares en términos del ideal social y ciudadano de las audiencias públicas, pero tienen diferentes casos de obligación.

La democratización de la administración pública en América Latina y sus técnicas de viabilidad han sido objeto de frecuentes estudios. Muchos completos, pero innumerables de ellos acrílicos y muchos, ingenuamente idealistas. Sobre esta aparente idealización, se cree que esta crítica se extiende a quienes investigan los mecanismos de la democratización orgánica (o institucional) y no orgánica (o procesal). Es desde esta perspectiva que la audiencia pública y la consulta², herramientas de participación procesal consagradas en la Ley de Procedimiento Administrativo Federal de Brasil, por ejemplo, generalmente terminan siendo fantaseadas como un antídoto definitivo contra todos los males sufridos por el modelo clásico de democracia representativa.

La relación de las audiencias con la calidad de la toma de decisiones del estado es innegable. Por lo tanto, es válido enfatizar la influencia positiva de las audiencias en la legitimidad del Estado, ya que es más probable que las decisiones mejor informadas sean aceptadas y, por lo tanto, efectivas en el contexto en el que se insertan. Sin embargo, presentan, en el lado opuesto, problemas y dificultades – hay casos en los que los mecanismos de interacción

2 NOTA: En Brasil, la ley de procedimientos administrativos y la respectable doctrina hacen una diferencia entre audiencia y consulta: La consulta pública es más formal y los documentos de opinión instruyen el procedimiento administrativo, mientras que las audiencias públicas tienen las características de ser menos formales, más orales y dirigidas a la comunidad. Un gran ejemplo de consulta pública obligatoria es la concesión y creación de unidades de conversación (por ejemplo, parques naturales).

participativa son capaces de generar disenso o promover la escalada de conflictos. Entre las dificultades, se deben destacar las siguientes: (a) los costos financieros de la participación; (b) los costos técnicos de la participación; (c) el riesgo de la captura del agente público por grupos políticos, sociales o económicos fuertes; (d) la tensión entre los intereses expresados en la audiencia y los intereses de las personas expresadas en la ley, y (e) el riesgo del uso simbólico de la participación por parte del administrador público. Por esta misma razón, es ilusorio creer que el modelo representativo será reemplazado por los nuevos mecanismos. Lo que sucederá es la complementación de los modelos, la suma de sus beneficios.

En el análisis preliminar, la audiencia, por lo tanto, no apunta a resultados directos de toma de decisiones. Encaja en el proceso administrativo principalmente como una herramienta de instrucción. Por lo tanto, los elementos extraídos de las audiencias no pueden considerarse, en principio, vinculantes para la decisión final del Estado. El gerente público está obligado a asegurar la participación, asegurar el debate, proporcionar respuestas razonadas a los participantes y considerar lo que se obtuvo en la audiencia al redactar la decisión, pero no está claro que la audiencia sirva para decidir el caso, ni qué conclusiones obtenidas en la audiencia constituye la anticipación de un puesto final por parte de la Administración.

Esta investigación asume una metodología crítica y cualitativa con breves instrumentos metodológicos bibliográficos a través de textos de respetable doctrina latinoamericana, así como instrumentos de investigación documental en las leyes brasileñas y argentinas. Este trabajo académico se divide en dos objetivos específicos y, respectivamente, tres capítulos: (a) los usos, propósitos y obligaciones de la audiencia pública en Argentina y Brasil; (b) la base sociológica y democrática de la audiencia pública como participación pública y popular, de manera crítica.

1. Breves notas sobre los orígenes y la base democrática de la audiencia pública

“El poder necesita apoyo y una organización popular para sostenerse. Del consentimiento del público proviene la legitimidad del gobierno democrático”
(Hannah Arendt, en traducción libre)³

En este capítulo es útil hacer una breve conceptualización de lo que son las audiencias públicas, así como breves divagaciones sobre la base de las democracias participativas y directas. Según João B. Martins César, la audiencia pública es interesante para el aparato estatal como una forma de diálogo entre actores y, por lo tanto, se puede definir: constitui ferramenta disponibilizada aos órgãos públicos para, no âmbito das atribuições de cada qual, promover a interação dialógica entre os atores sociais, no sentido de alternativas e soluções aos reclamos relacionados a questões de significativo interesse público, podendo a audiência pública também servir para outros fins, como captação de informações, coleta de provas sobre fatos, além de comportar, ainda, proposições e críticas à atuação das autoridades e do Estado.⁴

Boaventura de Sousa Santos, un destacado profesor de la Facultad de Economía de Coimbra y, en innumerables ocasiones, escritor sobre el Derecho en Latinoamérica, se posiciona así en la experiencia de la sociedad civil, la pérdida de la democracia estatal y el derecho a la participación como un derecho humano, crítico de toda una coyuntura: A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente a luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. Por outras palavras, será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo

3 ARENDT, Hannah. Sobre a Violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumar, 1994.

4 CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. In Revista do Mestrado em Direito. Brasília: UCB, 2011

contrário, de uma derrota histórica? [...] Se é verdade que os limites impostos pelas transições conciliadas “amarram” os governos democráticos atuais numa “moderação” pactuada, não é menos verdade que a correlação de forças — dentro e fora dos governos — pode ser profundamente alterada pela pressão organizada a partir da sociedade civil. Assim, o Brasil e a Argentina oferecem dois exemplos distintos.⁵

Al comentar sobre la voz de la sociedad civil organizada, es necesario señalar la idea de ciudadanía. Según Ulrich K. Preuss, profesor de derecho y política de la Universidad Libre de Berlín⁶, la idea de ciudadanía surgió cuando alguien se dio cuenta de que lidiar con los problemas de su sociedad no necesariamente los dejaría en manos de los terratenientes, los ricos, los líderes militares o incluso los jefes de las tribus, clanes o familias más poderosas. En otras palabras, aparte de los amos naturales de la sociedad, la supervivencia y el bienestar social estarían mejor si dirigidos por una clase de individuos que, debido a sus cualidades y recursos personales, fueran valiosos para la sociedad en su conjunto: todos. Este cambio constituye el certificado de nacimiento de la ciudadanía.

Sin embargo, la ciudadanía exige derechos y deberes. Felipe Mendonça es firme al afirmar que “el concepto de reciprocidad entre derechos y deberes nace con la ciudadanía”⁷. Para Michel Rosenfeld, “la ciudadanía moderna implica ciertos derechos, incluidos los derechos humanos, así como ciertos deberes”⁸. Vale la pena señalar que, en los primeros días del estado organizado, el hombre estaba relacionado con el disfrute de los derechos individuales, mientras que el ciudadano estaba relacionado con

5 SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez. 2014.

6 PREUSS, Ulrich K. The ambiguous meaning of citizen. Site University of Chicago. 2003.

7 MENDONÇA, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania no panorama democrático do Século XXI. Faculdade de Direito USP. 2012.

8 ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject: selfhood, citizenship, culture and Community. NY: Routledge, 2009.

los derechos políticos. Es por eso que la Declaración de Derechos Humanos y Ciudadanos de 1789 usa los términos hombre y ciudadano. Por lo tanto, la concepción del ciudadano es más restringida que la concepción del hombre.

Dicha reflexión es fundamental porque hay discursos sobre el derecho participativo en la Administración Pública, especialmente con respecto a la participación en audiencias públicas, que ignoran varios deberes del ciudadano, como informar, pasar a la audiencia pública, tener que publicar una opinión o hacer un protocolo para solicitar a las autoridades públicas, etc.

Por lo tanto, la democracia participativa puede manifestarse políticamente (referéndum e iniciativa popular) o administrativamente. La participación administrativa puede ser orgánica, con la provisión de ciudadanos en consejos consultivos o órganos de toma de decisiones, siempre que no transfiera a las personas con un mayor interés en el asunto el juicio de conveniencia y oportunidad sobre la decisión estatal, o no orgánica, con la audiencia de la población o organismos estatales sobre ciertos temas (por ejemplo, consultas, audiencias). Cualquiera de las personas puede asistir a la audiencia pública y ofrecer su contribución en forma de crítica, sugerencia o pregunta, independientemente de si están en pleno disfrute de sus derechos políticos. Es por eso que la audiencia pública es un espacio para la ciudadanía.

2. La audiencia pública en Argentina: usos, fines y normas

[...] la voluntad general es infalible cuando es en sí misma. Ella es ella misma cuando forma parte de todos y tiene como objeto la colectividad en general [...]. Ella no puede hablar sobre un hombre ni sobre un hecho. De hecho, lo que lo hace competente al pronunciarse indistintamente sobre el cuerpo de la nación es que es el árbitro y parte del mismo considerado en dos aspectos. El soberano es el pueblo en el estado activo; el pueblo es soberano en el estado pasivo (Emile Durkheim, en traducción libre)⁹

9 DURKHEIM, Emile. Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies. 1980

De manera introductoria, debe notarse que, a diferencia del caso brasileño, la República Argentina tiene una regla que regula la práctica de la audiencia pública dentro de la Nación. Así, el Decreto trae las definiciones y bases de la audiencia en este país: Artículo 3: La Audiencia Pública constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión. Artículo 4º: La finalidad de la Audiencia Pública es permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta.¹⁰

De manera estructurada y completa, así Carlos F. Balbin resume las audiencias públicas en la nación argentina: Los puntos más importantes sobre las audiencias públicas son: a) el concepto (este es un canal de participación en la toma de decisiones para expresar opiniones no vinculantes), b) el ámbito de aplicación y autoridades intervinientes (el ámbito de aplicación es el Poder Ejecutivo; e intervienen la autoridad de implementación —asistida por un organismo coordinador— y la autoridad competente que es quien convoca, preside y decide); c) los principios (igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad); d) la legitimación (toda persona puede solicitarla de modo fundado y —a su vez— es parte en el trámite de las audiencias todo titular de derechos e intereses simples, difusos y de incidencia colectiva. La participación de los sujetos legitimados es por sí o por representante y con o sin patrocinio letrado); e) el trámite (ante el pedido fundado de audiencia, la Administración debe contestar en el término de 30 días y notificar su decisión de modo fehaciente); f) la convocatoria (en caso de aceptación, debe dictarse el acto de convocatoria y dársele publicidad al menos con 20 días de antelación a la celebración de la audiencia); g) la inscripción (esta es libre y gratuita y debe hacerse

en el respectivo registro. Asimismo, el interesado debe presentar un informe escrito de su presentación); h) el carácter de la audiencia (esta es pública y debe quedar registrada); i) el orden del día (este debe incluir la nómina de participantes, la descripción de los informes y propuestas, el orden y tiempo de exposición, y las autoridades); j) el inicio y desarrollo (el presidente debe dar inicio y explicar los hechos, el derecho y el motivo de la audiencia. Los inscriptos tienen una participación oral de por lo menos cinco minutos y debe unificarse la representación de aquellos que tuviesen intereses comunes; si no hubiese acuerdo entre estos, el presidente es quien designa al expositor. Los expertos, los funcionarios que presenten el proyecto y los participantes autorizados por el presidente gozan de mayor tiempo de exposición), y k) la etapa final (el presidente es quien cierra la audiencia y, luego, el área de implementación debe hacer un informe y publicarlo). Por último, la autoridad convocante debe dictar la resolución final y explicar de qué modo tomó en cuenta las opiniones o, en su caso, por qué las rechazó.¹¹

Aunque el decreto XXX no prevé situaciones en las que la administración nacional esté obligada a convocar audiencias públicas, Augustín Gordillo toma la posición de que “dicho de otra manera, además de los supuestos en que la administración está obligada por una norma concreta y puntual a realizar audiencia pública, también lo está (y esto es en su propio interés) en los demás supuestos en que es necesario conferir oportunidad de defensa a los afectados por el acto o el proyecto.”¹²

3. La audiencia pública en Brasil: usos, fines y normas

La audiencia pública está definida por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, en su carácter de exposición de tendencias populares, como “um instituto de participação administrativa

11 BALBIN, Carlos F. Manual de derecho administrativo. 4ta Edición. La ley. 2018.

12 GORDILLO, Augustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo II. Buenos Aires, F.D.A., 2014

aberta a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual.”¹³

Al analizar el informe sobre el potencial de efectividad de la audiencia pública del gobierno federal, Eliana Fontana¹⁴ cita las características finales de las audiencias públicas en ocho elementos: (a) son consultivas; (b) tener carácter puntual; (c) tener carácter presencial; (d) tener un carácter colectivo; (e) presuponer la manifestación oral de los participantes; (f) implican debate entre los actores involucrados; (g) están abiertas a todas las partes interesadas; (h) contienen reglas específicas para su funcionamiento. En términos generales, al observar las características anteriores, la audiencia pública podría parecer un canal avanzado para el debate y, aunque consultiva, podría conducir a decisiones más específicas sobre el tema discutido, como los servicios públicos de energía, los problemas presupuestarios o el proceso de urbanización.

La audiencia pública es ampliamente mencionada en la legislación brasileña como uno de los principales mecanismos de participación social en la gestión de la administración pública y, según el último informe de IPEA¹⁵, aunque no exhaustiva, son los actos normativos que respaldan la posibilidad de audiencias públicas en su texto: (a) Procedimientos administrativos de la administración pública federal, en la Ley 9.784/1999, Ley de Procedimientos Administrativos; (b) Ofertas (compras públicas) superiores a R\$ 150 millones, Ley 8.666/1993; (c) Concesión y

13 MOREIRA NETO, Diogo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 129.

14 FONTANA, Eliana. Reflexões acerca da (frágil) participação social nas audiências públicas: a contribuição do comunitarismo responsivo para a construção do poder local. Anais Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. UNISC. 2015.

15 BRASIL. Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada (IPEA). Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. Brasília: Imprensa Federal. 2013.

autorización de servicios públicos de saneamiento, Ley 11.445/2007; (d) a nivel municipal para empresas o actividades con efectos potencialmente negativos sobre el entorno natural o construido, la comodidad o la seguridad de la población; para la preparación y supervisión de la implementación del plan maestro de una ciudad; y en gestión presupuestaria, de acuerdo con el Estatuto de la Ciudad, Ley 10.257/2001; (e) institución de fechas conmemorativas Ley 12.345/2010; f) finanzas públicas, gestión fiscal y normas presupuestarias, Ley complementaria 101/2000; (g) políticas públicas específicas: preparación de planes nacionales, planes de gestión, como la Ley 12.305/2010 del Plan Nacional de Residuos Sólidos; (h) licencia ambiental, Resoluciones CONAMA 1/1986 y 9/1987; (i) ciertos actos regulatorios de agencias reguladoras, por ejemplo Aneel, ANP, ANTT, ANTAQ y ANAC, Ley 9.427/1996; (j) adquisición de propiedades rurales con fines de reforma agraria, en base al Decreto 433/1992.

Si se requiere o no una audiencia pública es un factor clave. La importancia de saber si una audiencia pública es obligatoria o opcional radica en los efectos de no celebrarla. Si la audiencia pública es obligatoria dentro de un determinado proceso de toma de decisiones, habrá una nulidad, por regla general, si no se celebra. En estos casos, Gustavo Justino habla en la audiencia pública como “la condición de validez del procedimiento administrativo en el que se inserta”¹⁶.

A pesar de la impresión de que todas las audiencias públicas son opcionales bajo el sistema legal brasileño, el doctrinador y actual presidente del Instituto Brasileño del Medio Ambiente, el principal cuerpo ejecutor de las políticas públicas ambientales federales, Eduardo Fortunado Bim así indica qué audiencias públicas debería exigir la ley y cuáles son opcionales: na legislação federal, podem ser apontados como exemplos de audiência pública obrigatória as das

16 OLIVEIRA, Gustavo Justino Henrique de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. N. 21. São Paulo: Malheiros. 1998.

Leis de Licitação (Lei 8.666/1993, art. 39, caput), Lei 9.427/19965 (art. 4.º, § 3.º), Lei 9.478/19976 (art. 19), Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000, arts. 9.º, § 4.º, e 48, parágrafo único, I), Lei 10.233/20017 (art. 68) e do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/2001, art. 40, § 4.º, I). Embora haja exceções, sua obrigatoriedade é comum no âmbito das agências administrativas regulatórias, pela opção do legislador nacional em seguir a tradição de auscultação pública vigente na legislação estadunidense. [...] Como exemplos de audiência pública facultativa podem ser citadas aquelas das Comissões do Congresso Nacional (CF, art. 58, § 2.º, II),⁹ as da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999, art. 32), e as do licenciamento ambiental (Res. Conama 9/1987), estas últimas desde que interpretadas sistematicamente.¹⁷

De las consideraciones finales

Este trabajo optó por un análisis descriptivo, didáctico y ejemplificativo de las bases normas y formas de audiencias públicas en Argentina y Brasil. Cabe señalar que este trabajo concluye que las bases de la audiencia pública son la de democracia participativa más allá de la ciudadanía con derechos y deberes y a pesar de las bases y situaciones estatales comunes entre Argentina y Brasil, se distinguen algunas características sobre las audiencias públicas: las situaciones obligatorias y el rigor de la administración pública.

Referencias bibliográficas

ARENDT. Hannah. Sobre a Violência. Tradução de André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

ARGENTINA. Decreto 1172/2003. ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA.

¹⁷ BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. São Paulo: RT Revista dos Tribunais. 2014.

BALBÍN, Carlos F. Manual de derecho administrativo. 4ta Edicion. La ley. 2018.

BIM, Eduardo Fortunato. Audiências Públicas. São Paulo: RT Revista dos Tribunais. 2014.

BRASIL. Instituto de Pesquisa em Economia Aplicada (IPEA). Potencial de Efetividade das Audiências Públicas do Governo Federal. Brasília: Imprensa Federal. 2013.

CÉSAR, João Batista Martins. A audiência pública como instrumento de efetivação dos direitos sociais. In Revista do Mestrado em Direito. Brasília: UCB, 2011.

DURKHEIM, Emile. Como Montesquieu classifica as sociedades por tipos e por espécies. 1980.

FONTANA, Eliana. Reflexões acerca da (frágil) participação social nas audiências públicas: a contribuição do comunitarismo responsivo para a construção do poder local. Anais Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. UNISC. 2015.

GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo II. Buenos Aires, F.D.A., 2014

MENDONÇA, Felipe. A evolução do conceito jurídico de cidadania no panorama democrático do Século XXI. Faculdade de Direito USP. 2012.

MOREIRA NETO, Diogo. Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

OLIVEIRA, Gustavo Justino Henrique de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. Revista Trimestral de Direito Público. N. 21. São Paulo: Malheiros. 1998.

PREUSS, Ulrich K. The ambiguous meaning of citizen. Site University of Chicago. 2003.

ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject:

selfhood, citizenship, culture and Community. NY: Routledge, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos humanos, democracia e desenvolvimento. São Paulo: Cortez. 2014.

Criminalidade virtual em tempos de pandemia no Brasil

Virtual crimes in times of pandemic in Brazil

Adriane Medianeira Toaldo¹

Felipe Mattos dos Santos²

Sumário: Considerações Iniciais; 1. A tecnologia a favor da criminalidade; 2. Crimes na era digital no cenário brasileiro; 3. Crimes virtuais e pandemia no Brasil; Considerações Finais.

Resumo: A pandemia da covid-19 mudou hábitos de higiene e promoveu o isolamento social, que teve como consequência o aumento do acesso à Internet e, com ela, o crescimento dos crimes virtuais. Este trabalho tem como objetivo analisar a expansão dos crimes cibernéticos no Brasil, enfatizando a importância do desenvolvimento tecnológico para a criação de formas diferentes de enganar, persuadir e prejudicar a população através de roubos, estelionatos, extorsões e outros crimes. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica sob inspiração do método dedutivo. A conclusão a que se chegou é que a rede mundial de computadores gerou muitos benefícios para a sociedade, mas também possibilitou que os criminosos desenvolvessem novas formas de agir, sendo o Brasil um dos locais preferidos para sua atuação, devido à fragilidade dos sistemas de segurança e leis inadequadas. Contribuiu muito para o crescimento dos crimes virtuais a situação de pandemia, pois com o isolamento social, as pessoas ficaram mais tempo em casa, realizando suas atividades de trabalho, estudo, lazer e convivência pela Internet e, como consequência, mais expostas aos golpes online. Além disso, os internautas desconhecem muitas das práticas criminosas, sendo atraídos pela oportunidade de obter vantagens e acabam sendo vítimas de vários tipos de crimes. Neste sentido, espera-se que uma lei penal específica para o mundo virtual seja

1 Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Santa Cruz do Sul, RS. Professora Adjunta do Curso de Direito na Universidade Luterana do Brasil (ULBRA) – Campus Santa Maria. Advogada. E-mail: adrianetoaldo@gmail.com.

2 Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA, Campus Santa Maria, RS. Advogado. E-mail: felipe.santos@rede.ulbra.br.

criada, para que o Direito possa cumprir sua função de justiça e proteção da sociedade.

Palavras-chave: Tecnologia; Era digital; Crimes virtuais; Brasil.

Abstract: The covid-19 pandemic changed hygiene habits and promoted social isolation, which had as a consequence increased access to the Internet and, with it, the growth of virtual crimes. This work aims to analyze the expansion of cybercrime in Brazil, emphasizing the importance of technological development for the creation of different ways of deceiving, persuading and harming the population through robberies, swindle, extortion and other crimes. This is a bibliographic research under the inspiration of the deductive method. The conclusion reached is that the worldwide computer network has generated many benefits for society, but it has also enabled criminals to develop new ways of acting, with Brazil being one of the preferred places for their performance, due to the fragility of security systems and inadequate laws. The situation of the pandemic has contributed greatly to the growth of virtual crimes, because with social isolation, people stayed longer at home, performing their work, study, leisure and coexistence activities over the Internet and, as a consequence, were more exposed to online scams. In addition, internet users are unaware of many of the criminal practices, being attracted by the opportunity to obtain advantages and end up being victims of various types of crimes. In this sense, it is expected that a specific criminal law for the virtual world will be created, so that the law can fulfill its function of justice and protection of society.

Keywords: Technology; Digital age; Virtual crimes; Brazil.

Considerações iniciais

Todo conhecimento humano pode ser entendido como tecnologia, pois sua aplicação prática oferece a oportunidade de domínio dos elementos da natureza que estão à disposição do homem. No mundo contemporâneo, a tecnologia digital possibilitou que fossem abolidas as fronteiras que separavam as pessoas, possibilitando um contato imediato e virtual. Com a rede

mundial de computadores, é possível saber, de modo instantâneo, o que acontece no mundo, realizar transações financeiras, manter contatos com pessoas e entidades, pesquisar, estudar e trabalhar. O universo online oferece a cada dia novas oportunidades de crescimento pessoal e profissional.

Como em todas as criações humanas, a Internet pode ser usada para o bem ou para o mal. Os criminosos estão atentos às possibilidades de golpes e fraudes no meio eletrônico e estão constantemente procurando meios para acessar dados pessoais e realizar transações comerciais sem o consentimento de seus proprietários.

O presente artigo tem como objetivo evidenciar como os crimes digitais se intensificaram durante a pandemia do coronavírus no Brasil, em consequência do isolamento social e de uma maior utilização da Internet. Desta forma, o trabalho tem o condão de procurar alternativas para responder a seguinte questão: como o mundo jurídico pode encontrar soluções viáveis para conter os crimes virtuais, adequando-se às crescentes inovações do mundo tecnológico?

O suporte teórico deste estudo é o método dedutivo, que parte de premissas gerais a respeito da tecnologia digital e dos crimes virtuais que proliferam neste meio para encontrar soluções específicas para o problema. O trabalho é de caráter bibliográfico e está ancorado em autores que debatem com profundidade o tema, especialmente em livros e artigos científicos, devidamente referenciados pelo método de procedimento monográfico.

O trabalho foi dividido em três momentos. No primeiro, analisa-se como os avanços tecnológicos se constituíram como ferramenta para novos crimes. O segundo momento apresenta um panorama dos crimes na era digital. E a terceira parte do trabalho relaciona a onda de crimes digitais na pandemia, evidenciando seu crescimento.

1. A tecnologia a favor da criminalidade

O advento da tecnologia online possibilitou uma grande revolução em todos os campos do conhecimento, tornando a Internet essencial para grande parte das pessoas. O mundo virtual agora divide espaço com a realidade presencial³.

A cada dia que passa, e ainda mais agora com a pandemia, aumenta o número de pessoas e organizações que realizam suas transações de forma virtual. Todas as grandes lojas de departamentos, bancos e financeiras, pequenos e médios empreendedores e prestadores de serviço migraram para o mundo online para acompanhar seus clientes. A facilidade de acesso às informações e a vantagem de não ter que se deslocar são grandes motivadores desse processo. O trabalho ficou mais rápido e produtivo, há possibilidade de estudar virtualmente. as pessoas podem conversar por videochamadas. Enfim, há muito o que se fazer quando se está conectado⁴.

Para que isto pudesse acontecer, houve um grande e notável desenvolvimento tecnológico de todos os produtos que são utilizados para conectar na rede, desde os aparelhos que fornecem a transmissão de dados até os computadores, tablets e smartphones que acessam o sistema.

Porém, as atividades que envolvem transações financeiras online dependem de mecanismos de segurança e do fornecimento de informações confiáveis dos consumidores. Ao realizar uma compra pela Internet, mesmo em um ambiente seguro, as pessoas precisam fornecer dados pessoais, como números de identidade, CPF, contas de banco e senhas pessoais. Estas informações nem sempre trafegam em locais seguros e podem ser utilizadas para que criminosos apliquem golpes.

3 CHAVES, Eduardo O. C. Virtualização da realidade. Comunicação & Educação, n. 16, p. 26, 1999.

4 CARVALHO, Freedy. Você na era digital: os desafios da revolução da comunicação. 2014. Disponível em: <http://www.mk2.com.br/mk2/voce-na-era-digital-os-desafios-da-revolucao-na-comunicacao>. Acesso em: 28. ago. 2020.

Ainda que existem regulamentos, como o Marco Civil da Internet, a maior parte dos serviços depende ainda de uma regulamentação mais precisa para combater os inúmeros crimes e golpes que se aprimoram todos os dias. São falsificações de cartões de crédito, vendas sem a entrega do produto, geração de boletos falsos, crimes contra aposentados, isto somente na seara financeira. Porém, existem ainda as ofensas contra a honra, as apologias aos crimes, racismo, homofobia, incentivo ao uso de drogas, ameaça e extorsão, acesso não autorizado a arquivos confidenciais, destruição e falsificação de arquivos, programas copiados ilegalmente e até crime eleitoral (propaganda não autorizada, por exemplo) dentre outros⁵.

Após delinear, sucintamente, os contornos em que a internet favoreceu a criminalidade no Brasil, mister analisar, na sequência, mais profundamente, algumas tipologias desses crimes.

2. Crimes na era digital no cenário brasileiro

A difusão de informações na rede possibilitou que um dos crimes mais antigos da humanidade, o estelionato, voltado com nova roupagem na era digital, aproveitando-se da boa-fé das pessoas para enganá-las. É o caso da venda falsa, quando os criminosos conseguem criar uma página semelhante à de instituições e empresas de renome, colocando em destaque produtos e serviços em oferta por preços imbatíveis, gerando boletos que, quando quitados, vão parar em suas contas, bloqueando ou apagando posteriormente as informações postadas. Juridicamente, o estelionato está enquadrado no artigo 71 do Código Penal Brasileiro, que considera crime a situação em que o criminoso induz a vítima ao erro com o objetivo de obter vantagem ilícita para si ou para outrem⁶.

5 REIS, Maria Helena Junqueira. *Computer crimes: a criminalidade na era dos computadores*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

6 BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 02 set.2020.

Outra forma sofisticada de crime ocorre através da prática do phishing, na qual o criminoso envia informações que induzam o usuário a clicar em determinados comandos, levando-os a infectar seus aparelhos com rastreadores que capturam informações importantes como senhas e dados pessoais. Geralmente, são mensagens atrativas de promoções, falsas notícias (fake news), distribuição de prêmios e brindes e ofertas incríveis em redes sociais, que provocam o interesse de quem está acessando e que acabam sendo vítimas dos criminosos. Ainda não existe legislação específica para esta prática, mas se for comprovada pode ser enquadrada como roubo ou estelionato⁷.

Outra forma comum de crimes na rede engloba aqueles que atentam contra a honra pessoal. Apesar de muitas pessoas acharem que a Internet é uma terra sem lei, na qual podem postar tudo que desejarem em nome da liberdade de expressão, os dispositivos que protegem a honra pessoal estão enquadrados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal Brasileiro. Da mesma forma que na vida real, calúnia, difamação e injúria são punidos com os dispositivos da lei. Tem sido comum a criação de páginas falsas e anônimas para atingir a honra subjetiva e objetiva das pessoas em diversas situações (relações pessoais, candidaturas políticas, pessoas influentes). Exemplos não faltam, como as ofensas e informações íntimas de pessoas com quem se terminou a relação, falsas informações sobre a atuação pessoal e profissional de concorrentes, difamação de influenciadores digitais; enfim, milhares de postagens dirigidas contra os desafetos. Até mesmo encontros virtuais que terminam em casos de violência, racismo, homofobia ou exposição indevida estão protegidos, como são os casos de violência contra mulheres, de pedofilia, de injúria racial, de preconceito contra a escolha sexual ou de fotos, vídeos ou áudios comprometedores.

A pedofilia, por exemplo, é um crime típico que tem

7 GOMES, Rebeca Bravo de Oliveira; SILVA, Marcelo Sarsur. O enquadramento jurídico penal do phishing e suas repercussões no furto informático. In: Letras Jurídicas, Newton Paiva. 2015. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=964>. Acesso em: 27 ago. 2020.

sido exemplarmente combatido pelos órgãos de segurança. Seguidamente, são presos membros de quadrilhas internacionais que compartilham ou vendem imagens de crianças e adolescentes em situações erotizantes, contrariando toda a doutrina de proteção integral para simplesmente satisfazer o desejo dos adultos que a praticam. É considerada um transtorno de acordo com a CID-10 (Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde)⁸.

Juridicamente, a Pedofilia é considerada crime de acordo com os artigos 204 e 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente⁹. Na era digital, tem sido comum o criminoso criar um perfil falso para se fazer passar por alguém semelhante, procurando aliciar a criança ou adolescente para que se exponha intimamente ou até mesmo concorde em se encontrar presencialmente. Por isto, se considera dever dos pais ou responsável estar atento às páginas em que seus filhos navegam, para prevenir e evitar tais crimes.

Os perfis falsos também servem para outros tipos de crimes, como o próprio estelionato, quando a vítima, na promessa de uma futura relação amorosa, cai no golpe e começa a realizar depósitos na conta do criminoso, na falsa promessa de um encontro ou nas supostas dívidas do mesmo, pois age com boa-fé e procura ajudar alguém que nem bem conhece e nem sabe de suas intenções.

Restou demonstrado, nas linhas acima, que várias tipologias de crimes favorecem os criminosos por conta da era digital e, por conta disso, a fragilização do sistema brasileiro no combate a esses crimes se evidencia. Em tempos de pandemia e, por via de consequência, de isolamento social, o uso da internet passou a ser uma constante pelos brasileiros, aumentando ainda mais a criminalidade neste setor.

8 BRASIL. Mini Código de Direitos Humanos. Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. (Org.). Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP). Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH). Teixeira Gráfica e Editora, 2010.

9 BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 set.2020.

3. Crimes virtuais e pandemia no Brasil

O advento da pandemia do coronavírus gerou mudanças profundas no comportamento de toda a população mundial, que teve que se adaptar a novos padrões de higiene e adotar a prática de isolamento social. O trabalho, por exemplo, foi um dos setores que mais sofreu, pois aqueles que não perderam o emprego tiveram que migrar para a execução de suas atividades em casa, o chamado home office, que só foi possível graças ao advento da tecnologia, mas que não se ajustou em todas as profissões, devido às suas particularidades. Mesmo assim, foi uma mudança notável para aqueles que estavam acostumados a se deslocar todos os dias para trabalhar e agora ter que desempenhar suas atividades no conforto do lar. Porém, para algumas profissões, como a dos professores, isso significou maior demanda de trabalho com a produção de vídeos e materiais educativos, a correção dos trabalhos e os atendimentos individuais. O certo é que a partir da pandemia a noção de trabalho modificou muito, tanto virtual como presencialmente¹⁰.

A mudança rápida e drástica para o mundo do trabalho virtual impediu que as empresas e os trabalhadores pudessem se atualizar em tempo hábil para se prevenir e adotar as medidas necessárias para combater os crimes cibernéticos, como é o caso das teleconferências, para as quais o acesso é bem fácil e nada seguro. O mesmo acontece nas atividades de lazer, pois os usuários são atraídos para sites nada confiáveis.

O isolamento social gerou um fechamento das fronteiras e os criminosos tiveram que migrar para os crimes virtuais, principalmente aqueles que estavam relacionados com o tráfico de armas e de drogas. Por este motivo, a disseminação de vírus, a violação de propriedade intelectual, as fraudes, o contínuo roubo de dados e golpes dos mais diversos tipos foram realizados através das redes

10 CARVALHO, Freedy. Você na era digital: os desafios da revolução da comunicação. 2014. Disponível em: <http://www.mk2.com.br/mk2/voce-na-era-digital-os-desafios-da-revolução-na-comunicação>. Acesso em: 28. ago. 2020.

sociais. Há de se ressaltar que a situação ficou mais favorável aos meliantes por conta da fragilidade das pessoas em momentos de pandemia¹¹.

A pandemia criou as condições para que boa parte dos crimes migrasse do mundo real para o mundo virtual, pois houve um maior compartilhamento de informações que são importante fonte de dados para crimes cibernéticos. Nem sempre os sistemas de segurança garantem a proteção e o sigilo de dados dos computadores e dispositivos conectados e, na maioria dos casos, as causas da exposição indevida estão nos hábitos dos usuários, que não são cuidadosos e acessam sites de conteúdo duvidoso pela simples curiosidade, visto que não estão cientes do perigo que correm.

Dados da Revista Exame mostraram os crimes virtuais que mais foram praticados durante o ano de 2020. O primeiro da lista é o phishing (roubo de dados pessoais), com 27%, seguido dos golpes de vendedores terceirizados em sites de varejo online, com 21% e da fraude envolvendo caridade e arrecadação de fundos, com 19%. Seguem-se os golpes em desempregados (18%), as ofertas de vacinas da covid-19, curas e testes (15%), a fraude em seguro (15%), a fraude de envio de produtos (14%), o roubo de identidade (14%), o cartão de crédito roubado ou cobrança fraudulentas (13%) e o golpe do “benefício do governo” (12%)¹². Dados do Jornal Diário do Litoral mostram que o Brasil sofreu mais de 3,4 bilhões de ataques cibernéticos de janeiro a setembro de 2020, tanto em sistemas particulares como do poder público. Estas informações

11 RIBEIRO, Caroline. O aumento dos crimes cibernéticos e a pandemia da Covid 19. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/caroline-ribeiro-aumento-crimes-ciberneticos-pandemia>. Acesso em: 02 de set de 2020.

12 REVISTA EXAME. Conheça as fraudes digitais mais comuns na pandemia e veja como evitar. Disponível em: <https://exame.com/minhas-financas/conheca-as-fraudes-digitais-mais-comuns-na-pandemia-e-veja-como-evitar>. Acesso em: 15 dez. 2020.

mostram a gravidade do problema (DIÁRIO DO LITORAL, 2020)¹³.

Em termos de legislação, o Brasil ainda está um passo atrás dos criminosos, pois não conseguiu criar mecanismos que consigam evitar os crimes, devido à velocidade com que a Internet se desenvolve e com o aumento da tecnologia, que é constante. As duas leis existentes são o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) (BRASIL (2014) e a Lei n. 12.737/2012 (BRASIL, 2012) (Lei Carolina Dieckman), criadas para proteger informações dos internautas e a sua liberdade no âmbito virtual, no entanto, se mostram bastante ineficientes.

Considerações finais

Este estudo teve como finalidade mostrar como o advento da internet mudou a vida das pessoas, que passaram a dividir suas atividades entre o mundo online e o mundo real. Também demonstrou que, assim como a maioria das pessoas que aderiram à rede mundial de computadores para desenvolver suas atividades profissionais, de estudo ou de lazer, também possibilitou que os criminosos desenvolvessem novas técnicas para tirar proveito dos navegadores.

Os crimes digitais são de natureza diversa, sendo que a maioria tem por objetivo uma vantagem financeira, mas também existem aqueles que pretendem impor ofensas à honra ou prejudicar outros internautas. Há ainda que se citar a prática de crimes contra crianças e adolescentes, o incentivo à violência e aqueles de natureza discriminatória, como os de racismo, homofobia e xenofobia.

A pandemia criou uma situação propícia para o aumento dos crimes virtuais na medida em que pessoas, empresas e instituições passaram a utilizar mais a Internet para se conectar, o que gerou um compartilhamento maior de dados que são as fontes de

13 DIÁRIO DO LITORAL. Brasil sofreu mais de 3,4 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos em 2020. Disponível em: <https://www.diariodolitoral.com.br/brasil/brasil-sofreu-mais-de-34-bilhoes-de-tentativas-de-ataques/140286>. Acesso em: 15 dez. 2020.

informação utilizadas para combater crimes. Estes dados podem ser encontrados nos próprios aparelhos dos usuários ou em poder das empresas que com eles comercializam, sendo alvo de ataques cibernéticos. A partir do recolhimento destas informações, são fraudados cartões de crédito, emitidos boletos em páginas falsas, contatos com pessoas para promover golpes e muitas outras formas de ludibriar e enganar as pessoas.

Retomando a questão norteadora deste trabalho, que procurava encontrar soluções para o advento dos crimes virtuais, reitera-se a importância de o direito estar em consonância com o desenvolvimento tecnológico, a fim de garantir segurança jurídica para as operações realizadas no mundo virtual.

A criatividade dos golpistas e criminosos não tem limite e a legislação, que já é antiga e ultrapassada, não consegue dar conta da engenhosidade com que as fraudes se renovam e se multiplicam. Assim, entende-se que é necessária uma legislação penal informática específica, visto que existem lacunas na tipificação de diversos crimes que são praticados no meio virtual. A defasagem da lei em relação à realidade é tão gritante que o Marco Civil da Internet datado de 2014, há sete anos atrás, e o conhecimento digital se multiplica em uma velocidade muito acelerada, inexistindo instrumentos jurídicos atuais para combater a criminalidade virtual.

Sem uma legislação atual e flexível, o direito perde sua capacidade e eficácia para combater os crimes e realizar as sanções necessárias. A falta desta legislação é um entrave para a solução deste problema que afeta toda a sociedade e que cresceu consideravelmente durante a pandemia derivada da Covid-19.

Referências bibliográficas

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 02 set.2020.

BRASIL. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 set.2020.

BRASIL. Lei n. 12.737, de 30 de novembro de 2012: Dispõe sobre a Lei Carolina Dieckmann. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm. Acesso em: 02 set.2020.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014: dispõe sobre o Marco Civil da Internet. Brasília/DF, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 02 set. 2020

BRASIL. Mini Código de Direitos Humanos. Eduardo C. B. Bittar, Guilherme Assis de Almeida. (Org.). Associação Nacional de Direitos Humanos (ANDHEP). Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH). Teixeira Gráfica e Editora, 2010.

CARVALHO, Freedy. Você na era digital: os desafios da revolução da comunicação. 2014. Disponível em: <http://www.mk2.com.br/mk2/voce-na-era-digital-os-desafios-da-revolucao-na-comunicacao>. Acesso em: 28. ago.2020.

CHAVES, Eduardo O. C. Virtualização da realidade. Comunicação & Educação, n. 16, p. 26, 1999.

DIÁRIO DO LITORAL. Brasil sofreu mais de 3,4 bilhões de tentativas de ataques cibernéticos em 2020. Disponível em: <https://www.diariodolitoral.com.br/brasil/brasil-sofreu-mais-de-34-bilhoes-de-tentativas-de-ataques/140286>. Acesso em: 15 dez.2020.

GOMES, Rebeca Bravo de Oliveira; SILVA, Marcelo Sarsur. O enquadramento jurídico penal do phishing e suas repercussões no furto informático. In: Letras Jurídicas, Newton Paiva. 2015. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=964>. Acesso em: 27 ago. 2020.

REIS, Maria Helena Junqueira. Computer crimes: a criminalidade na era dos computadores. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

RIBEIRO, Caroline. O aumento dos crimes cibernéticos e a pandemia da Covid 19. Consultor Jurídico. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-29/caroline-ribeiro-aumento-crimes-ciberneticos-pandemia>. Acesso em: 02 de set de 2020.

REVISTA EXAME. Conheça as fraudes digitais mais comuns na pandemia e veja como evitar. Disponível em: <https://exame.com/minhas-financas/conheca-as-fraudes-digitais-mais-comuns-na-pandemia-e-veja-como-evitar>. Acesso em: 15 dez.2020.

Anassagora entra in Cassazione e Rende Strabico Il Risarcimento Del Danno Non Patrimoniale: Commento A Cass. 25164/2020

Anaxagoras enters the Court of Cassation and makes the compensation for non-pecuniary damage cross-eyed: comment to Cass. 25164/2020

Luca Oliveri¹

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il caso...; 3. (segue) ... e le questioni; 4. Il danno morale e la sua autonoma... insussistenza; 5. Le Tabelle milanesi perennemente nel 'braccio della morte'; Considerazioni finali.

Riassunto: Il presente lavoro offre una lettura (critica) di una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione sul danno non patrimoniale derivante da lesione all'integrità psico-fisica (c.d. danno biologico). In particolare, dopo una sommaria ricostruzione della vicenda concreta e dei fatti di causa, ci si è soffermati sulle problematicità generate dal *modus procedendi* della Suprema Corte (e, in particolare, della III Sezione civile): l'erronea interpretazione di alcuni dati normativi e la chiara ostilità nei confronti dei precedenti giurisprudenziali pronunciati al più alto livello di legittimità (Sezioni Unite del 2008) hanno condotto a risultati non condivisibili, anche perché frutto di un percorso privo di un comune (e più ampio) momento di riflessione. La auto-referenzialità della III Sezione della Corte di Cassazione nel condurre una battaglia volta a demolire i risultati raggiunti all'esito dell'ultimo momento di vera nomofilachia mostra tutti i suoi limiti in casi come quello in esame, in quanto in palese contraddizione addirittura con alcuni tra gli argomenti che erano stati posti a fondamento delle critiche mosse ai precedenti giurisprudenziali. Il lavoro si conclude con l'auspicio di un confronto più pacato e non caratterizzato da aprioristiche prese di posizione, al fine di rendere davvero costruttiva la riflessione sul complesso tema del danno non patrimoniale.

Parole chiave: Danno non patrimoniale; Danno biologico; Danno

¹ Dottorando di ricerca in diritto privato presso il Dipartimento di giurisprudenza dell'Università degli studi di Genova. E-mail: luca.oliveri@edu.unige.it

morale; Tabelle milanesi.

Abstract: This paper offers a (critical) reading of a recent ruling by the Supreme Court of Cassation on non-pecuniary damage resulting from injury to psycho-physical integrity (so-called biological damage). In particular, after a brief reconstruction of the concrete case and the facts of cause, we have focused on the problems generated by the *modus procedendi* of the Supreme Court (and, in particular, the III Civil Section): the misinterpretation of some normative data and the clear hostility towards previous case law pronounced at the highest level of legitimacy (United Sections of 2008) have led to unacceptable results, also because the product of a path without a common (and wider) moment of reflection. The self-referentiality of the III Section of the Court of Cassation in conducting a battle aimed at demolishing the results achieved at the outcome of the last moment of true 'nomofilachia' shows all its limits in cases such as the one under consideration, as in clear contradiction even with some of the arguments that were placed at the base of the critiques made to the previous jurisprudence. The work concludes with the hope of a more peaceful debate and not characterized by aprioristic stances, in order to make really constructive reflection on the complex issue of non-pecuniary damage.

Keywords: Non-pecuniary damage; Biological damage; Moral damage; Milanese tables.

1. Introduzione

«Sapevo di averlo generato mortale». Si narra² che Anassagora di Clazomene abbia risposto con queste poche parole al messaggero che gli aveva appena riferito della morte del figlio, consegnando alla storia una delle frasi sicuramente più celebri e probabilmente tra le più richiamate nelle riflessioni sulla sofferenza umana e sulla morte. Orbene, dopo aver letto la sentenza citata in epigrafe, non pare fuori luogo richiamare in questa sede, come si avrà modo di capire meglio in seguito, il laconico (e apatico) commento del filosofo

2 «Quod autem Theseus a docto se audisse dicit, id de se ipso loquitur Euripides. Fuerat enim auditor Anaxagorae, quem ferunt nuntiata morte filii dixisse: 'sciebam me genuisse mortalem'. Quae vox declarat is esse haec acerba, quibus non fuerint cogitata»: così CICERONE, Marco Tullio. "Tusculanae disputationes", III, XIV, 30.

presocratico: infatti, seppur originariamente riferito ad una vicenda che – con moderna dizione – chiameremmo di perdita del rapporto parentale, il contenuto ultimo della reazione di Anassagora ben si addice anche ad alcune enunciazioni in punto di diritto contenute in una sentenza che sta già facendo molto discutere, in quanto sembra trasparire – se non ci si inganna – l’idea che la ‘sofferenza’ – intesa in senso ampio – possa addirittura non sussistere in alcuni casi di lesione all’integrità psico-fisica.

In queste brevi note, dunque, mi propongo di analizzare uno solo tra i principali (e più evidenti) punti dolenti di una pronuncia che, seppur peculiare, non dovrebbe generare nel giurista un particolare scandalo o un eccessivo timore circa le potenziali ripercussioni di tipo pratico. E dico che non dovrebbe generare eccessivo timore in quanto, se da un lato non si poteva prevedere l’effettivo contenuto di quest’ultima (altrimenti non sarebbe oggetto di simili attenzioni), dall’altro ci si doveva attendere – quasi in ottemperanza a un dovere di pubblicazione di stampo periodico, assai sentito nel settore del danno non patrimoniale – una sentenza che avrebbe fatto parlare di sé in ragione della sua eccentricità (e ciò non pare essere cosa ignota qualora si abbiano a mente le sentenze ascrivibili a quei filoni giurisprudenziali chiaramente riottosi nei confronti dei precedenti delle Sezioni Unite).

Da ultimo, la sentenza citata merita attenzione per il fatto che sembra essere il primo segnale di un principio di corto circuito all’interno della III Sezione della Corte (però, come si suol dire, il condizionale è d’obbligo, proprio per le ragioni poco sopra esposte); un corto circuito derivante dall’aver posto a fondamento del nuovo orientamento ostile al precedente nomofilattico del novembre 2008 elementi non idonei al raggiungimento del fine che ci si era prefissati, con un conseguente (e innegabile) nocumento ricostruttivo.

2. Il caso...

La vicenda concreta riguarda un caso di lesioni derivanti dalla circolazione stradale, settore che, insieme a quello della responsabilità medica, occupa la stragrande maggioranza del contenzioso inerente la responsabilità extracontrattuale non patrimoniale (e infatti questi due settori godono di apposite discipline normative³ proprio in ragione della loro delicatezza e rilevanza, normative – per di più – tra loro connesse⁴).

Il signor Fortunato, nel lontano maggio 2011, fu investito da un'auto precedentemente rubata e condotta da un soggetto alla cui identità non fu possibile risalire. Pertanto, ritenendo pacificamente applicabile al caso di specie l'art. 283, comma 1, lettera d), C.d.A.⁵, convenne dinnanzi al Tribunale di Trieste la società Allianz, designata dal Fondo di garanzia per le vittime della strada. Il giudice di prime cure, tuttavia, respinse le richieste attoree, poiché ritenne che il Fortunato non aveva dimostrato «che il veicolo investitore era stato posto in circolazione contro la volontà del proprietario»⁶. L'investito propose quindi appello avverso tale sentenza, vedendo accolte – questa volta – le proprie doglianze e ottenendo un risarcimento di poco superiore ai 210.000 €, liquidato sulla base dell'applicazione

3 Basti qui un breve e generale richiamo al c.d. Codice delle assicurazioni private (d'ora in avanti C.d.A.), d.lgs. 7 novembre 2005, n. 209 (ma, in questa sede, assumono precipuo rilievo gli artt. 138 e 139, come da ultimo novellati, rispettivamente, dall'art. 1, commi 17 e 19, l. 4 agosto 2017, n. 124), e alla c.d. legge Gelli-Bianco, l. 8 marzo 2017, n. 24 (dal significativo titolo: "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie").

4 Cfr. art. 7, comma 4, l. 24/2017: «Il danno conseguente all'attività della struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica o privata, e dell'esercente la professione sanitaria è risarcito sulla base delle tabelle di cui agli articoli 138 e 139 del codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, integrate, ove necessario, con la procedura di cui al comma 1 del predetto articolo 138 e sulla base dei criteri di cui ai citati articoli, per tenere conto delle fattispecie da esse non previste, afferenti alle attività di cui al presente articolo».

5 «Il Fondo di garanzia per le vittime della strada [...] risarcisce i danni causati dalla circolazione dei veicoli e dei natanti, per i quali vi è obbligo di assicurazione, nei casi in cui: [...] d) il veicolo sia posto in circolazione contro la volontà del proprietario [...]».

6 Cass. 25164/2020, p. 3 del testo dattiloscritto.

delle cc.dd. Tabelle milanesi: l'ammontare complessivo fu determinato sulla base del punteggio di invalidità permanente, aumentato nella misura del 25% a titolo di personalizzazione e, infine, fu riconosciuta una ulteriore somma di 20.000 € a titolo di danno morale per le sofferenze «di natura del tutto interiore e non relazionale»⁷.

3. (segue) ... e le questioni

La società Allianz ha impugnato per cassazione la sentenza, lamentando – per quanto qui di interesse – che: i) il riconoscimento della somma a titolo di danno morale sia avvenuto «in assenza dei presupposti stabiliti dalla giurisprudenza di legittimità per la liquidazione di questo tipo di danno»⁸, in quanto le Tabelle milanesi sono «fondate su un sistema che “incorpora” nel valore monetario del singolo punto di invalidità anche il pregiudizio morale»⁹ (terzo motivo di ricorso); ii) la motivazione circa il danno morale sia caratterizzata da una assoluta carenza, rendendo così l'attribuzione della somma un “automatismo risarcitorio” (quarto motivo di ricorso).

La Cassazione, rigettato il quarto motivo di ricorso, ha accolto, invece, il terzo, cassando senza rinvio la sentenza impugnata e procedendo – autonomamente – allo ‘scorporo’ dalla somma suindicata della voce riconducibile alla «sofferenza di natura del tutto interiore e non relazionale»¹⁰ (c.d. danno morale), ritenendola già ricompresa nel quantum determinato sulla base dei criteri contenuti nelle Tabelle meneghine¹¹.

Orbene, come si è avuto modo di notare, la presente riflessione è volutamente incentrata solo sulla questione, assai annosa e datata (ma non di scarso rilievo), del danno morale, della sua quantificazione e della sua relazione con le altre componenti della

7 Ibidem.

8 Ivi, pp. 6-7.

9 Ibidem.

10 Ivi, p. 7.

11 Cfr. il § 3.1.3 della parte motiva della sentenza, in particolare il punto 2).

più complessa figura del danno alla persona. Si commetterebbe, tuttavia, un grave errore se non si desse atto del fatto che la sentenza – pur nella sua limitata estensione¹² – affronta molte altre questioni (quali, ad esempio, l'ontologia del danno biologico¹³ e i requisiti per poter procedere alla sua personalizzazione), estendendo l'erronea interpretazione dei dati normativi anche a queste ultime¹⁴.

12 Nel complesso non vengono superate le 13 pagine di testo dattiloscritto.

13 Il termine costituisce ormai un vero e proprio mantra nelle sentenze della III Sezione, che, facendo leva su di un argomento di per sé condivisibile (e cioè la necessità di tener conto della reale fenomenologia del danno alla persona – onde evitare di sostituire una meta-realtà giuridica ad una realtà fenomenica – per poterla successivamente riflettere sull'ontologia del danno stesso: cfr., ex multis, Cass. 901/2018, in *Danno e resp.*, 2018, p. 464), finiscono per utilizzarlo a supporto di una ricostruzione (cfr. la nota successiva) priva di supporto legale e, forse, addirittura contrastante con l'obiettivo che si proponeva di perseguire (e il rimedio è allora peggiore del presunto male, se non altro perché... non c'è alcun male da curare!). Questo complesso tema è stato affrontato nella recente tavola rotonda "Presente e futuro delle tabelle sul danno alla persona a valle degli interventi della Corte di Cassazione", tra gli altri, da GRONDONA, Mauro. "A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e concettuali", il cui testo è di prossima pubblicazione in *Danno e resp.*

14 L'esempio del danno biologico (cui qui si cenna solamente) pare essere esemplificativo: quest'ultimo, infatti, è presentato quale pregiudizio esclusivamente dinamico-relazionale (cfr. Cass. 901/2018, cit., 465; Cass. 7513/2018, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2049; Cass. 2461/2020, in *Foro it.*, 2020, I, c. 2019), essendo stata inspiegabilmente del tutto obliterata la componente che, un tempo, si definiva 'statica' (lesione dell'integrità psico-fisica, del 'bene' salute: sul punto, in senso critico, si veda FRANZONI, Massimo. "Danno evento, ultimo atto?", in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1337 ss.). Questa affermazione, oltre che contrastare con il dato normativo (art. 138, comma 2, lettera a), C.d.A.: «per danno biologico si intende la lesione temporanea o permanente all'integrità psico-fisica della persona, [...] che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato [...]») in base al quale il danno è quello arrecato all'integrità psico-fisica e le ripercussioni dinamico-relazionali sono conseguenze ulteriori di tale lesione, contrasta altresì con elementi extra-normativi (addotti dalla Cassazione stessa) che, proprio da un punto di vista fenomenico, non fanno altro che confermare la bontà della definizione legislativa (dove l'insussistenza del lamentato male cui si faceva riferimento nella nota precedente): «È infatti autorevole e condiviso, in medicina legale, l'insegnamento secondo cui "non ha più ragion d'essere l'idea che il danno biologico abbia natura meramente statica"; che "per danno biologico deve intendersi non la semplice lesione all'integrità psico-fisica in sé e per sé, ma piuttosto la conseguenza del pregiudizio stesso su modo di essere della persona (...). Il danno biologico misurato percentualmente è pertanto la menomazione all'integrità psico-fisica della persona, la quale esplica un'incidenza negativa sulle attività ordinarie intese come aspetti dinamico-relazionali comuni a tutti» (cfr. Cass. 7513/2018, cit., c. 2049, corsivo agg.). Sul tema, ma con specifico riferimento al c.d. danno da perdita del rapporto parentale, si veda LA BATTAGLIA, Luigi. "La Cassazione e il danno da perdita del rapporto parentale (o della commedia degli equivoci)", in *Foro it.*, 2020, I, c. 2731.

In chiusura, e prima di procedere oltre, va subito notato come il risultato finale a cui è giunta la Corte sia condivisibile solo se osservato molto a grandi linee, da un punto di vista prettamente economico e prescindendo da qualsiasi minimo interesse ricostruttivo (ma, forse, addirittura ermeneutico) sul tema del danno non patrimoniale: infatti, con uno sguardo solo un poco più approfondito, è possibile notare come le molte (ma confuse) idee non riescano ad assurgere – come invero si propongono di fare – a vero e proprio ‘sistema’, se non altro per i già menzionati errori interpretativi.

4. Il danno morale e la sua autonoma...insussistenza

«[N]el procedere alla liquidazione del danno alla salute, il giudice di merito dovrà: [...] in caso di negativo accertamento, e di conseguenza esclusione della componente morale del danno [...], considerare la sola voce del danno biologico, depurata dall’aumento tabellarmente previsto per il danno morale secondo le percentuali ivi indicate, liquidando, conseguentemente il solo danno dinamico-relazionale [...]»¹⁵.

L’affermazione testé riportata non pare in alcun modo condivisibile per diverse ragioni. In primo luogo, essa contrasta con l’obiettivo (dichiarato) che l’orientamento cui in precedenza si è fatto riferimento si era prefissato di raggiungere, e cioè una ricostruzione della nomenclatura giuridica quanto più aderente alla realtà fenomenica della sofferenza umana¹⁶: infatti, come è mai possibile sostenere che una lesione fisica (e lo stesso discorso vale, in misura probabilmente maggiore, per le lesioni psichiche) non produca, in un essere senziente, una sofferenza, un dolore? Certo,

¹⁵ Cass. 25164/2020, pp. 8-9.

¹⁶ Cfr., supra, nota 13. Si aggiunga a quanto detto in precedenza il passo, quasi lucreziano, di Cass. 7513/2020, cit., c. 2047: «Il vaglio del quinto motivo di ricorso esige dunque, preliminarmente, di stabilire cosa debba rettamente intendersi per “danno dinamico-relazionale”; e, prima ancora, se esista in rerum natura un pregiudizio così definibile».

astrattamente sarebbe possibile immaginare una simile situazione, ma essa finirebbe per costituire il classico ‘caso di scuola’ o un fulgido esempio delle (davvero poi così invidiabili?) virtù stoiche del nostro Anassagora.

In secondo luogo, è ravvisabile un contrasto con alcune modificazioni normative che, alla luce del corretto (e corretto in quanto altamente verosimile dal punto di vista empirico) insegnamento delle Sezioni Unite del 2008¹⁷, hanno assimilato e cristallizzato in norme giuridiche¹⁸ la corrispondenza tra fenomenologia ed ontologia del danno non patrimoniale alla salute¹⁹. Orbene, se un principio di diritto enunciato in sede di legittimità può sicuramente essere ‘ripensato’ in un momento successivo (ma, per far ciò, servono in ogni caso valide ragioni; in caso contrario, si è in presenza di un

17 Cfr. Cass., S.U., 26972/2008, in Nuova giur. civ. comm., 2009, I, p. 116: «Ove siano dedotte siffatte conseguenze [patologiche], si rientra nell’area del danno biologico, del quale ogni sofferenza, fisica o psichica per sua natura intrinseca costituisce componente» (corsivo agg.).

18 La modifica supra citata (cfr. nota 3) dell’art. 138 C.d.A. è ben interpretabile in tal senso: rispetto al passato, nella riformulazione dell’intero articolo, è stata aggiunta, al comma 2, la lettera e), la quale prevede che «al fine di considerare la componente del danno morale da lesione all’integrità fisica, la quota corrispondente al danno biologico stabilita in applicazione dei criteri di cui alle lettere da a) a d) è incrementata in via percentuale e progressiva per punto [...]». L’ordinaria ricomprensione (a livello normativo) della sofferenza nei valori tabellari determinati in seguito alla lesione all’integrità è da intendersi, per l’appunto, come adesione a quel giudizio di verosimiglianza di compresenza (quasi ineliminabile) della sofferenza fisica e psichica nel momento in cui si verifichi una lesione. Sul punto, in senso critico, MONATERI, Pier Giuseppe. “Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale”, in Resp. civ. prev., 2009, p. 62: «i due concetti [danno biologico e danno morale] non si sovrappongono e corrono vicende parallele che non si intersecano» (corsivo orig.). Contra, successivamente, anche ZIVIZ, Patrizia. “Prima furon le cose, poi i nomi”, ivi, 2014, p. 1847. Diverso, in una prospettiva più ampia, il giudizio di SCOGNAMIGLIO, Claudio. “Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite”, ivi, 2009, pp. 264-265: «L’immagine del danno non patrimoniale che esse ci restituiscono – il danno non patrimoniale, così lo potremmo definire, del terzo millennio – è un’immagine nella sostanza organica ed equilibrata [...]».

19 In questi termini GRONDONA, Mauro. “A proposito dell’autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e concettuali”, cit.: «Questo è esattamente l’approccio adottato dalle sezioni unite di San Martino 2008, così appunto valorizzando quel ‘pluralismo descrittivo’, in termini fenomenologici, senza il quale non solo non potrebbe effettivamente apprezzarsi il volto empirico del danno non patrimoniale, ma, soprattutto, non avrebbe potuto compiersi quel passo (prima da parte delle sezioni unite e poi da parte dal legislatore) tramite il quale la fenomenologia del danno non patrimoniale è diventata ontologia normativa, espressa dall’art. 138 del d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209».

esercizio di puro arbitrio), un dato normativo, di contro, non può essere candidamente sovvertito dalla giurisprudenza allo scopo di renderlo aderente allo schema ricostruttivo che gli interpreti hanno fatto proprio, se non altro per il semplice fatto che i motivi alla base di un tale atteggiamento potranno anche essere nobili, rispondenti ad un ideale di ‘giustizia’²⁰, di equità, etc..., ma sconteranno l’ineliminabile difetto di porsi irrimediabilmente *contra legem*.

In terzo ed ultimo luogo, un’affermazione di tal fatta pare porsi in antitesi con l’obiettivo (questa volta non dichiarato in maniera altrettanto chiara come è stato per quello poco sopra menzionato) di aumentare il quantum del risarcimento riconosciuto per i danni non patrimoniali, ritenendolo – nonostante tutto²¹ – insufficiente. L’obiettivo in questione, seppur non espressamente rivelato, è tuttavia facilmente intuibile qualora si presti attenzione alla

20 Non par fuor di luogo ricordare che, all’interno di una Sezione con uno spiccato interesse filosofico (dove il nostro quasi obbligato riferimento ad Anassagora), si percepisce una sicuramente non poi così nuova, e molto probabilmente neanche così fresca, ventata giusnaturalista: cfr. TRAVAGLINO, Giacomo. “Il futuro del danno alla persona”, in *Danno e resp.*, 2011, p. 116, per il quale si dovrebbe giungere ad «una più sana prospettiva di analisi [la quale] non può che muovere, sul piano naturalistico, onde trasfonderne le conclusioni nell’orbita di una concezione giusnaturalistica del danno, dalla relazione tra lesione e sofferenza».

21 Innumeri le occasioni in cui, molto condivisibilmente, si è levata la forte voce di un illustre studioso della responsabilità civile per ricordare a tutti – data l’apparente (?) amnesia di alcuni – che il livello del risarcimento, in Italia, è il più alto in Europa: cfr., *ex multis*, PONZANELLI, Giulio. “Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1350. In generale, sul tema della sostenibilità economica della responsabilità civile, si vedano due interessanti editoriali di MONATERI, Pier Giuseppe. “La RC oltre il punto di non ritorno”, in *Danno e resp.*, 2020, p. 557 s., e di FRANZONI, Massimo. “Il PIL della responsabilità civile”, *ivi*, p. 681 ss.

ricostruzione – con innegabili aspirazioni sistematiche²² – proposta, all’indomani delle sentenze del novembre 2008, dalla Terza Sezione e volta ad attribuire autonomia (anche) risarcitoria alle singole voci di danno non patrimoniale (cc.dd. morale, biologico ed esistenziale). Ora, aumentare l’importo del risarcimento non pare sinceramente essere una (e, men che meno, la) priorità nel campo dell’illecito extracontrattuale; ma se, a tutto ciò, si aggiunge l’ulteriore elemento

22 Leggendo il testo di alcune sentenze (Cass. 18641/2011, in Corr. giur., 2012, p. 53 ss., e Cass. 20292/2012, ivi, 2013, p. 315 ss.) si ha quasi l'impressione che la struttura dell'impianto motivazionale riecheggi l'andamento delle sentenze di San Martino, ponendosi quale 'contro-manifesto' rispetto al risultato raggiunto in quell'alto momento di nomofilachia, il quale, però, aveva deluso le aspettative del relatore di un'«ordinanza non interlocutoria» (così PONZANELLI, Giulio. "Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore", cit., p. 1349) di rimessione al Primo Presidente, ordinanza a suo tempo redatta proprio dall'estensore... delle sentenze sopra riportate! Nelle pronunce citate, infatti, vengono presi in considerazione provvedimenti emananti successivamente alle sentenze delle Sezioni Unite (ma, sul punto, si tornerà infra), viene fatto riferimento a fonti sovranazionali (Cass. 18461/2011, p. 54) e vengono ripercorse anche le non facili vicende giurisprudenziali del danno non patrimoniale – il cui aspetto risarcitorio «impone [addirittura!] una breve disamina e una inevitabile actio finium regundorum con riguardo alle categorie del danno morale e del danno biologico» (Cass. 20292/2012, cit., p. 317) –, il tutto per giungere alla dimostrazione dell'autonomia sistematica e ordinamentale delle categorie del danno non patrimoniale, rispetto alla quale il vero (e, sottinteso, ingiustificato – sia ben chiaro) momento di discontinuità è rappresentato proprio dalle sentenze del novembre 2008. Difficile non cogliere in un simile atteggiamento, ancorché in nuce, quello che, negli anni a venire, diventerà il tipico modus operandi della Terza Sezione della Corte di Cassazione, improntato ad una nomofilachia «naturale» e «preventiva» (e sulla scelta di quest'ultimo aggettivo sia consentito esprimere qualche riserva, dato che ormai si preferisce non utilizzarlo nemmeno più per la carcerazione...): su quest'ultimo punto, cfr. SCODITTI, Enrico. "La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»", in Foro it., 2019, V, c. 415 ss.

consistente nell'assoluta inadeguatezza degli elementi normativi²³ che sono stati posti a fondamento dell'azione eversiva, il giudizio definitivo sull'operazione non può che venire da sé.

In sintesi. Sebbene siano molti – come visto – i motivi che portano a non condividere l'assunto sopra riportato, quest'ultimo viene immediatamente in evidenza perché dimostra come il dictum in questione, seppur inserito all'interno di quell'orientamento "autonomista" di cui mostra e afferma di condividere l'essenza, utilizza i risultati raggiunti in precedenza per rinnegare, nei fatti, la finalità che aveva fornito l'abbrivio proprio all'orientamento c.d. 'ribelle': propagandare un'autonomia a tutto tondo delle singole voci col pensiero rivolto alle varie poste risarcitorie e poi rivolgerla contro una componente che, nel pensiero stesso dei protagonisti delle vicende giurisprudenziali, veniva (e viene) presentata come coesistente all'ontologia del danno alla persona non può che far pensare – davvero – ad uno strabismo ontologico e risarcitorio (e, per di più, anche piuttosto accentuato).

23 Le sentenze di cui alla nota precedente portano, a supporto della ricostruzione, due D.P.R. (ma uno di essi viene anche erroneamente citato: il provvedimento corretto è il 181/2009, e non il 191/2009) successivi alle sentenze del novembre 2008. Sul punto, tuttavia, non si può che condividere l'ineccepibile rilievo di SCOGNAMIGLIO, Claudio. "Il danno morale soggettivo", cit., p. 251, secondo il quale «non è certo possibile enfatizzare oltre misura il significato di tali dati normativi, affatto settoriali e neppure riferiti specificamente [...] ad un contesto di responsabilità civile in senso proprio, tanto più che la formulazione degli stessi risente, all'evidenza, del linguaggio della prassi giurisprudenziale largamente accreditata fino alle sez. un. dell'11.11.2008 [...]». Sulla stessa posizione si colloca RIZZO, Nicola. "Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente", in Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 1086. Da ultimo, in seguito alla novella del 2017, viene fatto anche riferimento alla nuova formulazione dell'art. 138 C.d.A. Orbene, senza ripetere quanto già detto sopra (cfr., supra, nota 18), stupisce come nessuno, tra i vari sostenitori di questa interpretazione, si sia minimamente preoccupato di consultare la relazione di accompagnamento al d.d.l. n. 3012 (reperibile sul sito della Camera dei Deputati), in cui è esplicitamente affermato che la novella degli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni muove «dalle linee interpretative rese dalla Suprema Corte di cassazione a sezioni unite (la massima espressione della nomofilachia), che in alcune sentenze del 2008 ribadì il carattere unitario del danno non patrimoniale in caso di lesioni della salute, individuandolo nella categoria onnicomprensiva del danno biologico. [...] Tale orientamento necessita di recepimento normativo [...]». Sul punto, stante la chiarezza delle parole appena riportate, ogni ulteriore aggiunta dovrebbe risultare del tutto ultronea.

5. Le Tabelle milanesi perennemente nel ‘braccio della morte’

In questo peculiare patchwork giuridico si collocano, inoltre, le arcinote (e molto amate o molto odiate, a seconda dei punti di vista) Tabelle milanesi²⁴ per il risarcimento del danno non patrimoniale²⁵. Da qualche anno in qua, sembrano destinate all’esecuzione capitale²⁶, anche con improvvise accelerazioni²⁷; di contro, ma altrettanto improvvisamente, si assiste ad eventi che non solo rimandano il fatidico momento, ma attribuiscono nuovamente la ‘libertà’ alle stesse²⁸. Di pari passo, fioriscono – sul territorio italiano – nuove e diverse ‘tabelle’ che si pongono in (più o meno) dichiarata ostilità con quelle meneghine²⁹, magari nell’attesa di prendere il posto di quelle a cui si augura al più presto la definitiva uscita di scena.

Ci si limiterà ad un solo telegrafico rilievo. Le Tabelle milanesi,

24 A cui Cass. 12408/2011, in Corr. giur., 2011, p. 1075 ss., aveva riconosciuto valenza para-normativa.

25 Sul tema della quantificazione del danno, si veda, anche per l’interessante analisi in chiave comparatistica, BENATTI, Francesca. “La difficile quantificazione del danno non patrimoniale”, in Nuovo dir. civ., 2018, p. 107 ss.

26 «Non solo però il decalogo incide sul mantenimento del livello risarcitorio fissato dalle Sezioni Unite del 2008, ma non potrà non influenzare anche in modo rilevante le soluzioni offerte dalle Tabelle Milanesi»: così PONZANELLI, Giulio. “Danno non patrimoniale: l’abbandono delle Sezioni Unite di San Martino”, in Danno e resp., 2018, p. 469.

27 Emblematico il caso di Cass. 2461/2020, in Foro it., 2020, I, c. 2014 ss., che, facendo leva proprio sull’argomento dell’autonomia del danno c.d. morale, ritiene non idonee per il calcolo del risarcimento le Tabelle milanesi (cfr., in particolare, c. 2020).

28 La sentenza in commento fa riferimento, in caso di positivo accertamento del danno morale, alla determinazione del quantum da effettuarsi «applicando integralmente le tabelle di Milano» (p. 8): stupisce che nemmeno una parola venga spesa sul recente precedente citato nella nota precedente. «Sarebbe stata l’occasione propizia per “sdoganare” quelle di Milano e abbracciarne altre. Non l’ha fatto evidentemente perché ritiene che le Tabelle milanesi siano più vicine a realizzare il risarcimento giusto»: così PONZANELLI, Giulio. “I principi contenuti nella decisione del 10 novembre 2020 n. 25164”, in Ri.da.re., 4 dicembre 2020, p. 3.

29 Si veda, anche per l’ampiezza dell’analisi, SPERA, Damiano. “Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto”, in Ri.da.re., 17 dicembre 2019. Cfr., inoltre, PONZANELLI, Giulio. “Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona”, in Danno e resp., 2020, p. 109: «A fine 2018 sono state approvate anche le nuove tabelle romane le quali fissano in termini quantitativi un risarcimento più alto di quello milanese e offrono una autonoma valorizzazione al pregiudizio morale».

oltre al fatto di essere state redatte da un Osservatorio di cui fanno parte – a differenza di altri consessi – anche medici legali (e, dunque, soggetti capaci di apprezzare la ‘reale’ fenomenologia del danno alla persona), sono anche aderenti, per quanto sopra già detto, alla normativa vigente e ai precedenti nomofilattici (non meramente sezionali). Pertanto, sorge spontanea la domanda: è davvero questo il modo corretto di procedere e di relazionarsi con uno strumento (non perfetto, certo, ma quale strumento potrebbe misurare con precisione e convertire in danaro il danno alla persona?) che, nel tempo, ha garantito, tra le altre cose, una tendenziale uniformità di trattamento ai soggetti lesi e ha evitato un aberrante e intollerabile particolarismo giuridico risarcitorio?

Considerazioni finali

In conclusione, paiono essere molti i motivi che spingono a non condividere il contenuto della sentenza in commento. Allo stesso tempo, la pronuncia non deve suscitare eccessivo clamore, come detto in apertura, nell’interprete che abbia seguito le (neanche poi così recenti) vicende della giurisprudenza: l’esercizio di una nomofilachia c.d. “dal basso”³⁰, sebbene possa apparire affascinante, non dovrebbe costituire la modalità tipica per procedere alla uniforme interpretazione della legge, proprio in considerazione del fatto che rischia di condurre a logiche auto-referenziali finalizzate all’imposizione della propria visione, privandola di quell’imprescindibile momento di comune riflessione³¹ e, dunque, restituendo un quadro giurisprudenziale carente in

30 Cfr. PARDOLESI, Roberto. “Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi e monologhi”, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, 1, p. 53 ss. (in particolare, pp. 56-57).

31 «Non importa, qui, stabilire se, nella singola circostanza, l’apparato argomentativo che spinge nel senso della modificazione della linea scandita dagli orientamenti sin lì ricevuti sia, o non, commendevole. Preme, piuttosto, denunciare il senso di vertigine scatenato da un pronunciamento che, nella sua prepotente autoreferenzialità, sostituisce alla compostezza nomofilattica l’anelito al tono più elevato della voce. Nel convincimento che chi la dura, la vince»: così PARDOLESI, Roberto. “Danno non patrimoniale, uno e bino, nell’ottica della Cassazione, una e Terza”, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1346.

termini di organicità e, a volte, coerenza intrinseca.

L'auspicio con cui si chiudono queste brevi riflessioni è quello di un sano ritorno alla nomofilachia intesa nel senso proprio del termine, e cioè rispettosa tanto delle norme procedurali (nel caso in cui si intenda sollecitare – motivatamente – un mutamento interpretativo³²), quanto delle norme di diritto sostanziale vigente, evitando così che un'attività ermeneutica particolarmente debordante si trasformi in un'attività legislativa del tutto impropria.

Bibliografia

BENATTI, Francesca. “La difficile quantificazione del danno non patrimoniale”, *Nuovo dir. civ.*, 2018, p. 107

FRANZONI, Massimo. “Danno evento, ultimo atto?”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, II, p. 1337.

FRANZONI, Massimo. “Il PIL della responsabilità civile”, *Danno e resp.*, 2020, p. 681.

GRONDONA, Mauro. “A proposito dell'autonomia fenomenologica e ontologica del danno morale. Ovvero, tra categorie descrittive e concettuali”, in corso di pubblicazione in *Danno e resp.*

LA BATTAGLIA, Luigi. “La Cassazione e il danno da perdita del rapporto parentale (o della commedia degli equivoci)”, *Foro it.*, 2020, I, c. 2731.

MONATERI, Pier Giuseppe. “Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale”, *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 56.

MONATERI, Pier Giuseppe. “La RC oltre il punto di non ritorno”, *Danno e resp.*, 2020, p. 557.

PARDOLESI, Roberto. “Danno non patrimoniale, uno e bino,

32 Contra, PONZANELLI, Giulio. “Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore”, cit., p. 1350: «E questo ridimensionamento della posizione nomofilattica delle sezioni unite sembra realista e ragionevole: inutile chiedere l'intervento delle sezioni unite se poi le soluzioni che verranno proposte da esse, come è successo per le decisioni delle sezioni unite, vengono sistematicamente disattese e non accolte, nonostante un formale rispetto di facciata».

nell'ottica della Cassazione, una e Terza", Nuova giur. civ. comm., 2018, II, p. 1344.

PARDOLESI, Roberto. "Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi e monologhi", Diritto e questioni pubbliche, 2019, 1, p. 53.

PONZANELLI, Giulio. "Danno non patrimoniale: l'abbandono delle Sezioni Unite di San Martino", Danno e resp., 2018, p. 467.

PONZANELLI, Giulio. "Le sezioni unite di San Martino abbandonate progressivamente dalla Terza Sezione e dal legislatore", Nuova giur. civ. comm., 2018, II, p. 1349.

PONZANELLI, Giulio. "Certezze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona", Danno e resp., 2020, p. 103.

PONZANELLI, Giulio. "I principi contenuti nella decisione del 10 novembre 2020 n. 25164", Ri.da.re., 4 dicembre 2020.

RIZZO, Nicola. "Danno morale e quantificazione del risarcimento attorno al pregiudizio considerato prevalente", Nuova giur. civ. comm., 2011, I, p. 1080.

SCODITTI, Enrico. "La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»", Foro it., 2019, V, c. 415.

SCOGNAMIGLIO, Claudio. "Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite", Resp. civ. prev., 2009, p. 261.

SPERA, Damiano. "Roma-Milano ancora più distanti: le due Tabelle di liquidazione del danno non patrimoniale a confronto", Ri.da.re., 17 dicembre 2019.

TRAVAGLINO, Giacomo. "Il futuro del danno alla persona", Danno e resp., 2011, p. 113.

ZIVIZ, Patrizia. "Prima furon le cose, poi i nomi", Resp. civ. prev., 2014, p. 1847.

Amazônia em Chamas: A Responsabilidade do Estado Brasileiro perante o Sistema Jurídico Internacional versus a Soberania Nacional

Flaming Amazon: The Brazilian State's Responsibility to the International Legal System versus National Sovereignty

Ricardo Cotrim Chaccur¹

Sumário: 1. Números da Amazônia em Chamas; 2. As medidas negativas da Política Ambiental do Governo Bolsonaro que enfraqueceram a Proteção ao Meio Ambiente na Região; 3. A Possibilidade de Responsabilização do Estado Brasileiro perante o Sistema Jurídico Internacional versus a Soberania Nacional; Considerações Finais.

Resumo: No biênio de 2019/2020 o foco de queimadas na Amazônia bateu um recorde histórico. De acordo com o INPE, foi registrado no Amazonas, de janeiro à outubro de 2020, 15.700 focos ativos, superando o número de focos registrados de 2005 que foi de 15.644 casos. Esse aumento significativo chamou a atenção de todas as autoridades internacionais e a divulgação de várias organizações de proteção do meio ambiente, que monitoravam a Amazônia, sobre os dados que demonstravam a aceleração do desmatamento e o crescimento das queimadas na região, colocaram as queimadas na Amazônia Brasileira no centro das discussões ambientais e das principais agendas internacionais e gerou manifestações contundentes de representantes de Estados e de Organismos Internacionais sobre a possibilidade de violação do Direito Internacional e das possíveis responsabilizações, se aventando, inclusive, sobre a possibilidade do Brasil sofrer uma intervenção na Amazônia à luz do Direito Internacional. A partir desse problema, o presente trabalho de investigação objetivou

¹ Doutorando em Direito pela Universidade do Porto, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor de Direito Constitucional e Direito Internacional e Direitos Humanos no Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Membro do Grupo de Pesquisa de Direitos Humanos do Programa de Mestrado de Direito da Sociedade da Informação. Advogado. E-mail: rcchaccur.adv@gmail.com

comparar os dados do desmatamento da Amazônia e sua relação com o aumento dos focos de queimadas na região, nos últimos anos, relacionando com medidas das Políticas Ambientais do atual Governo Federal para ao final verificar à luz do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos e do Sistema Jurídico Internacional, a possibilidade de ocorrer a responsabilização do Estado Brasileiro perante os Organismos Internacionais.

Palavras-chave: Amazônia; Crise Ambiental; Direitos Humanos; Responsabilidade Internacional; Soberania Nacional.

Abstract: In the 2019/2020 biennium, the focus of fires in the Amazon broke a historical record. According to INPE, from January to October 2020, 15,700 active outbreaks were registered in Amazonas, surpassing the number of registered outbreaks in 2005, which was 15,644 cases. This significant increase drew the attention of all international authorities and the disclosure of various environmental protection organizations, which monitored the Amazon, about data that demonstrated the acceleration of deforestation and the growth of fires in the region, placed the fires in the Amazon Brazilian at the center of environmental discussions and the main international agendas and generated strong demonstrations by representatives of States and International Organizations about the possibility of violating International Law and possible accountability, venturing, including the possibility of Brazil undergoing an intervention in the Amazon in the light of international law. Based on this problem, the present research work aimed to analyze the comparison of data on deforestation in the Amazon and its relationship with the increase in the number of fires in the region in recent years, relating it to measures of the Environmental Policies of the current Federal Government to finally verify in the light of the Human Rights Protection System and the International Legal System, the possibility of the internationalization of the Amazon or the responsibility of the Brazilian State to International Organizations.

Keywords:. Amazon; Environmental Crisis; Human rights; International Responsibility; National Sovereignty.

1. Números da Amazônia em Chamas

Segundo reportagem da WWF, em junho de 2020, os registros de fogo atingiram a maior alta para o mês que é considerado o início da estação de seca, em 13 anos, enquanto que em julho de 2020, foram registrados 6.803 focos de incêndios na Amazônia, 28% a mais do que no mesmo período de 2019. De janeiro a agosto de 2020, as queimadas na região são 39% maiores do que nos últimos 10 anos e de agosto de 2019 à julho de 2020, houve 33% mais desmatamento do que no mesmo período de 2019.²

De acordo como INPE, em 2020, o número de queimadas no Amazonas superou o recorde anterior, de 2005, e passou a ser o maior da história, sendo que até outubro de 2020, o estado já tinha registrado 15.700 focos ativos, enquanto em 2005 o acumulado do ano terminou com 15.644 casos.³

Dentre as causas das queimadas, a ferramenta da NASA que analisa o tipo das chamas das queimadas aponta que as áreas de queimadas na Amazônia correspondem a áreas onde ocorreram recentemente desmatamento.⁴ Dados do relatório do Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM apontam que os dez municípios que mais tiveram focos de incêndios florestais em 2019 também foram os que tiveram as maiores taxas de desmatamento.⁵

Segundo o Projeto MapBiomas Alerta⁶, mais de 99% dos desmatamentos registrados no Brasil em 2019 tiveram algum tipo de irregularidade associada a eles, isto é, o desmatamento

2 Disponível: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/amazonia__desmatamento_e_queimadas__uma_nova_tragedia_em_2020/> Acesso em 29.12.2020.

3 Disponível em: <<https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2020/11/05/amazonas-registra-mais-de-16-mil-focos-de-queimadas-em-2020-segundo-inpe.ghtml>> Acesso em 29.12.2020.

4 Disponível em: <https://www.uol.com.br/ecoa/ultimas-noticias/2020/08/28/especialista-da-nasa-explica-como-sabe-que-fogo-na-amazonia-e-desmatamento.htm>> Acesso em 29.12.2020.

5 Disponível: https://ipam.org.br/wp-content/uploads/2019/08/NT-Fogo-Amazo%CC%82nia-2019-1_2.pdf Acesso em: 29.12.2020.

6 Disponível em: <<https://s3.amazonaws.com/alerta.mapbiomas.org/relatorios/MBI-relatorio-desmatamento-2019-FINAL5.pdf>>. Acesso em: 29.12.2020.

foi realizado sem autorização legal ou avançou sobre alguma área de proteção, como unidades de conservação, terras indígenas ou Áreas de Preservação Permanente (APPs). O estudo ainda indica que o desmatamento ilegal está intimamente associado à especulação e grilagem de terras públicas na região, além da exploração predatória de madeira, o garimpo e outras atividades ilegais.

2. As medidas negativas da Política Ambiental do Governo Bolsonaro que enfraqueceram a proteção ao Meio Ambiente na Região

Diante dos dados alarmantes que constataam o aumento do desmatamento e do número de focos de incêndios na Amazônia, é imperioso destacar algumas das medidas tomadas pelo atual governo federal e que sugerem um enfraquecimento da proteção do meio ambiente no País. Observa-se que o governo de Jair Bolsonaro se elegeu com um discurso pró latifundiários em detrimento das pautas ambientais e logo no início de sua gestão enfraqueceu o Ministério do Meio Ambiente ao transferir para o Ministério da Agricultura, a pasta do Serviço Florestal Brasileiro.

De acordo com Trigueiro⁷, uma série de medidas tomadas pelo Governo Bolsonaro impactaram a gestão ambiental e enfraqueceram a proteção e preservação do meio ambiente no Brasil. Dentre as inúmeras medidas, destacam-se: a revisão de todas as 334 Unidades de Conservação, diminuição de multas aplicadas por crimes ambientais, a partir da constatação do Ibama de que de janeiro a maio, o número de multas aplicadas pelo órgão por desmatamento ilegal foi o mais baixo em 11 anos, com uma queda de 34%.

7 TRIGUEIRO, André. 15 pontos para entender os rumos da desastrosa política ambiental no governo Bolsonaro Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/blog/andre-trigueiro/post/2019/06/03/15-pontos-para-entender-os-rumos-da-desastrosa-politica-ambiental-no-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 01.12.2020.

Trigueiro⁸ atenta que em diferentes situações, a fiscalização vem sendo desprestigiada pelo governo Bolsonaro, por meio da recriminação pública dos fiscais que destruíram equipamentos usados por criminosos para retirar madeira ilegal de uma Unidade de Conservação no Pará, além da divulgação antecipada de futuras ações de fiscalização do órgão, o que possibilita o aviso antecipado para aqueles que promovem atos delituosos na região. Outra medida negativa foi a Criação dos “núcleos de conciliação”, pelo Decreto nº 9.760/2019, que possibilita a revisão e anulação das multas ambientais aplicadas pelos fiscais em todo o Brasil.

Algumas dessas medidas, somadas à demissão pelo próprio Presidente do ICMBio, após repreensão do governo, juntamente com desmantelamento da Política Climática, a partir da declaração do Ministro do Meio Ambiente de que o aquecimento global é um tema “acadêmico” e “não prioritário”; e da crítica feita pelo Ministro do Meio Ambiente ao modelo de gestão dos Financiadores do Fundo Amazônia que pode levar ao corte dos investimentos em proteção na região, o governo chegou a anunciar o bloqueio de R\$ 60 milhões destinados para o combate ao desmatamento no Brasil, e ainda, demonstrou interesse em ressuscitar a MP 867, arquivada no Senado, que mudaria as regras do Código Florestal, dentre as mudanças, não haveria mais a exigência de recompor matas e florestas desmatadas que, somadas, equivaleriam a duas vezes o Estado de Sergipe.⁹

Dessa forma, apesar de muitas das medidas e dos discursos do governo não terem se concretizado, nota-se que o posicionamento contundente e constante do governo no sentido contrário à proteção ambiental, podem motivar o dematamento e o cometimento de crimes ambientais, a partir da sensação de impunidade ou da falta de interesse do governo pela pauta ambiental.

8 Ibidem.

9 TRIGUEIRO, André. 15 pontos para entender os rumos da desastrosa política ambiental no governo Bolsonaro Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/blog/andre-trigueiro/post/2019/06/03/15-pontos-para-entender-os-rumos-da-desastrosa-politica-ambiental-no-governo-bolsonaro.ghtml>. Acesso em 01.12.2020.

3. A Possibilidade de Responsabilização do Estado Brasileiro perante o Sistema Jurídico Internacional versus a Soberania Nacional

A partir do reconhecimento de que o Direito ao Meio Ambiente é um dos Direitos Humanos, o tema é tratado tanto no Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos, como nos Sistemas Regionais, dentre os quais é possível observar dispositivos que tratam sobre a proteção do meio ambiente na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948; no Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966; na Conferência de Estocolmo de 1972; na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 – ou ECO-92, Rio-92, Cúpula ou Cimeira da Terra; no Protocolo de Kyoto de 1997; na Declaração de Joanesburgo em Desenvolvimento Sustentável e o Plano de Implementação (PI) resultado da Cúpula mundial sobre desenvolvimento sustentável de 2002.

Num contexto de desenvolvimento sustentável, em 2015, o Acordo de Paris foi celebrado no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima (CQNUMC), com o objetivo de estabelecer parâmetros e medidas para a redução da emissão de gases estufa a partir de 2020, visando a contenção do aquecimento global abaixo de 2 °C, bem como reforçar a capacidade dos países de alcançar as metas estabelecidas. O Brasil além de signatário do acordo, também o ratificou em agosto de 2016, reforçando o comprometimento do país com a tomada de medidas que objetivem a redução do gás carbônico, alinhado com os preceitos consignados no texto do artigo 225 da atual Constituição Federal Brasileira que preconiza: “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”.¹⁰

Constatado a existência de instrumentos normativos que tratam da proteção do meio ambiente como direitos humanos, se faz necessário verificar a possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro pelas queimadas e desmatamentos que ocorreram nos últimos dois anos diante da soberania que cada Estado goza no sistema jurídico internacional.

Dentre as Teorias que tratam do surgimento do Estado, observa-se que a Teoria Geral do Estado clássica tem difundido e adotado a definição de que alguns elementos são comuns à formação do Estado, cujo surgimento é marcado pelo Tratado de Vestfália (Westphalia) de 1648¹¹, sendo eles: território, povo e soberania.

O primeiro dos elementos, é entendido como o limite territorial estabelecido por meio de fronteiras onde o povo por meio do poder político constitui o Estado, e onde este tem o exercício do poder¹², enquanto que o elemento povo é o conjunto de indivíduos que dentro de um território se une para transferir seu poder para um poder soberano que os representará, decorrendo desta relação, o vínculo político-jurídico por meio do qual se permite ao povo o exercício do poder soberano, sendo este o elemento humano que constitui o Estado. Para Kildare Gonçalves Carvalho: “O povo é, assim, o sujeito e o destinatário do poder político que se

10 O poder constituinte brasileiro foi além do simples reconhecimento de que o direito ao meio ambiente equilibrado é um direito de todos, pois no § 1º do artigo 225 determina que para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público uma série de medidas relacionadas nos incisos I ao VII. Em relação à proteção da Floresta Amazônica, o poder constituinte de 1988, no § 4º do artigo 225, foi além ao relacioná-la, junto com outros biomas brasileiros, como um patrimônio nacional e estabelecer que a sua utilização deverá ficar condicionada às condições que assegurem a preservação do meio ambiente, mesmo quanto ao uso dos recursos naturais. O texto dos demais parágrafos do artigo 225 demonstram diretrizes para a proteção e preservação do meio ambiente no território brasileiro.

11 CRAVINHO, João Gomes – Visões do Mundo: as Relações Internacionais e o Mundo Contemporâneo. Lisboa: Imprensa das Ciências Sociais, 2002.

12 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Vol. 1 .21ª Ed. São Paulo: Del Rey, 2012. p. 63.

institucionaliza”¹³.

A junção dos dois elementos, isto é, o povo organizado num determinado território que faz surgir a necessidade de existência do terceiro elemento: soberania, cujo princípio foi construído a partir da identificação de duas qualidades intrínsecas ao Estado Moderno: “superioridade interna e insubmissão externa”¹⁴, isto é, soberania externa e soberania interna.¹⁵

Em relação a soberania interna, Kildare Gonçalves Carvalho¹⁶ explica que ela é caracterizada pelo poder político soberano, ou seja, pois lhe outorga o poder de criar e aplicar leis e administrar o seu território por meio do aparelho estatal, traduzida por uma supremacia interna¹⁷, enquanto que externamente, a soberania se estabelece pelo reconhecimento dos demais sujeitos de direito internacional de que naquele território há um poder político, independente, cuja relação com os demais Estados se estabelece por meio da não subordinação entre os Estados, não cabendo aos demais a interferência sobre aquele povo e território. Assim, depreende-se que a importância desse terceiro elemento, soberania, é indispensável para a caracterização de uma organização política como Estado, na concepção atual.¹⁸

Dessa forma, importa notar que o Direito Internacional foi construído sobre o princípio da soberania, na qual preconiza que os Estados são livres para determinar as estratégias de utilização de seu próprio território, a partir dos seus elementos constitutivos. Esse entendimento é consagrado pelas características do sistema jurídico internacional que relaciona o princípio da soberania nacional como um dos pilares desse sistema, previsto em vários

13 Ibidem. p. 57.

14 CRAVINHO, João Gomes – Visões do Mundo: as Relações Internacionais e o Mundo Contemporâneo. Lisboa: Imprensa das Ciências Sociais, 2002.

15 BONAVIDES, Paulo, Ciência política, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 110.

16 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Vol. 1 .21ª Ed. São Paulo: Del Rey, 2012. p. 66.

17 PAUPÉRIO, Machado, O Conceito Polêmico de Soberania, 1958, p. 16.

18 MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

instrumentos normativos de caráter geral e específico que estabelecem a soberania dos Estados sobre os recursos naturais em seus territórios.

Em relação aos instrumentos jurídicos de caráter geral, nota-se que o parágrafo 4º do artigo 2º da Carta das Nações Unidas estabelece que os Estados membros devem evitar a ameaça ou o uso da força nas Relações Internacionais, que possam comprometer a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, enquanto o parágrafo 7º do mesmo artigo dispõe que não cabe as Nações Unidas intervir em assuntos internos dos Estados membros, que não são obrigados a apresentá-los em um foro internacional.

Como desdobramento dos princípios da soberania, autodeterminação e igualdade, o Princípio da não Intervenção também é consagrado no sistema jurídico internacional, cuja finalidade é evitar que Estados mais fortes economicamente ou militarmente possam se aproveitar da sua posição de superioridade para interferir em assuntos internos que sejam de competência exclusiva de um Estado.

Nota-se que, mesmo nos Tratados que versam sobre o meio ambiente, o princípio da soberania nacional está previsto, como se depreende do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente Humano, de 1972, que determina que os Estados são soberanos para explorar seus recursos naturais, em conformidade com sua própria política ambiental; enquanto que o Princípio 2 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, reitera que os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, segundo suas políticas de desenvolvimento sustentável; reforçado pela Convenção sobre Diversidade Biológica, de 1992, que dispõe em seu art. 3º que os Estados, em conformidade com a Carta das Nações Unidas e os princípios gerais do Direito Internacional, têm o direito de explorar e aproveitar seus próprios recursos biológicos, segundo suas

próprias políticas ambientais.

Contudo, o Sistema Jurídico Internacional também foi criado a partir do entendimento de que nenhum Estado pode abusar de sua soberania para violar direitos de outros Estados, ou ainda, violar os instrumentos normativos que versem sobre a proteção dos direitos humanos, verificado, assim, que o Princípio da Soberania do Estado não é absoluto e que comporta exceções.

Sobre a possibilidade de Intervenção em um Estado Soberano, a Carta das Nações Unidas contempla a possibilidade de forma excepcional. A primeira hipótese prevista é a da legítima defesa, cujo objetivo seja o de repelir um ataque, isto é, há a necessidade de que o Estado que pretenda impor uma intervenção ou uso da força se dê pelo fato de sofrer uma agressão; a segunda hipótese é aquela que objetiva a manutenção da paz autorizado pelo Conselho de Segurança da ONU, ou seja, quando houver uma ameaça real à paz internacional, verificada a partir de graves violações aos direitos humanos, como nos casos de crimes contra a humanidade, genocídio, ecocídio e outros.

Em relação à possibilidade de responsabilização do Estado Brasileiro pelo desmatamento e incêndios na região da Amazônia, observa-se que o Brasil reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão pertencente ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, prevista pelo artigo 33 da Convenção de 1948 que atribuiu a competência para “conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes”.

Assim, nota-se que este órgão jurisdicional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos possui decisões recorrentes sobre temas afetos ao meio ambiente como no caso *Awas Tingni Mayagna (Sumo) v. Nicarágua*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e que envolveu a proteção das florestas nicaraguenses em terras tradicionalmente ocupadas pelos índios Awas Tingni. A demanda proposta contra a empresa Sol del

Caribe S/A, que ganhou uma concessão do governo da Nicarágua para exploração das florestas, sem que os Awas Tingni tivessem sido consultados foi encaminhada à Comissão Interamericana com as alegações de que o governo havia violado os direitos à cultura, religião, igualdade de tratamento e participação no governo. Em 1998, após o caso ser levado à Corte pela Comissão, o Estado foi condenado por ter violado o direito à proteção judicial (art. 25) e o direito à propriedade (art. 21), e a Corte determinou que a Nicarágua adotesse leis e regulamentos nacionais para demarcar as propriedades das comunidades indígenas e investisse 50.000 dólares em serviços públicos que beneficiem os Awas Tingni, como forma de reparação.¹⁹

O Brasil, também, já foi alvo de investigação e condenação no sistema interamericano. No caso Yanomamis vs. Brasil, a Comissão estabeleceu o nexo entre a qualidade ambiental e o direito à vida, em resposta a uma petição em nome dos índios Yanomami que peticionaram, alegando que o governo brasileiro havia violado a Declaração Americana de Direitos Humanos em razão da construção de uma rodovia que atravessava o território Yanomami e pela autorização da exploração dos recursos naturais em suas terras. Na altura, a Comissão Interamericana entendeu que o Brasil havia violado os direitos dos Yanomami à vida, à liberdade e à segurança pessoal, garantidos pelo artigo 1 da Declaração, assim como os direitos à residência e movimento e o direito à preservação da saúde e bem estar, dispostos nos artigos 8 e 11 do mesmo diploma legal.²⁰

O caso 346, proposta pelo povo indígena xucuru e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, condenou o Estado

19 FONSECA, Fúlvio Eduardo. Notas e Reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em Matéria Ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. Ambiente & Sociedade. Campinas v. XIII, n. 2, p. 243-259, jul.-dez. 2010.

20 FONSECA, Fúlvio Eduardo. Notas e Reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em Matéria Ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. Ambiente & Sociedade. Campinas v. XIII, n. 2, p. 243-259, jul.-dez. 2010.

brasileiro e dentre as determinações do Tribunal, destacam-se: garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, além de concluir o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses.²¹

A partir dos casos acima expostos, é possível observar que no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e seus órgãos de supervisão, na apreciação dos casos submetidos, tanto a Comissão como a Corte Interamericana têm se utilizado de uma interpretação extensiva para não desatender a proteção ao meio ambiente, especialmente no que se refere aos direitos de comunidades indígenas e tribais, bem como o direito à propriedade, ao patrimônio cultural, à circulação e residência, à vida e à proteção judicial. Assim, de forma reflexa, os órgãos jurisdicionais têm considerado a relação entre danos ambientais e os direitos humanos internacionalmente protegidos e apesar das petições não tratarem especificamente sobre o meio ambiente íntegro, de forma direta, percebe-se que por meio da tutela dos direitos à vida, propriedade, saúde, informação, direitos culturais, encontram-se diversos temas que orbitam a violação ao direito ao meio ambiente, como poluição, contaminação da água, desmatamento, perda dos biomas.²²

21 Disponível em:<<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/demandas.asp>>. Acesso em 29.12.2020.

22 SHELTON, D. Human Rights and Environment Issues in Multilateral Treaties Adopted between 1991 and 2001. In: JOINT UNEP-OHCHR EXPERT SEMINAR ON HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT, 14-16., 2002, Geneva. 2002a. Background paper, no. 1.

Considerações Finais

Preliminarmente, a partir dos dados compilados de organismos que realizam o monitoramento da Floresta Amazônica brasileira, o período em que ocorreu o aumento significativo do desmatamento e do registro de focos de incêndios na Amazônia coincidem com o início do discurso e das medidas tomadas na gestão ambiental do atual governo federal que vêm representando um afrouxamento na fiscalização e no combate ao desmatamento na região durante estes dois últimos anos que correspondem com os dois primeiros anos do atual governo.

Em relação a possibilidade de intervenção de Estados estrangeiros e afastamento do Princípio da Soberania, nota-se que em relação as duas hipóteses que autorizam de forma lícita tal evento, no caso da legítima defesa, só seria possível se um Estado estrangeiro alegasse que o processo de desflorestamento configura um ataque intencional contra seu Estado; enquanto que na segunda hipótese, só seria possível uma intervenção autorizada pelo Conselho de Segurança da ONU, por meio de resolução, caso o mesmo entenda haver uma ameaça real à paz internacional, verificada a partir de graves violações aos direitos humanos, sendo nessa hipótese necessário demonstrar a intenção de inviabilizar a sobrevivência ou exterminar determinado grupo humano como os povos indígenas, o que configuraria um crime de ecocídio.

Assim, entende-se que dentre as possibilidades de responsabilização ou punição do Estado do Brasileiro pelos incêndios na Amazônia, é viável que o Brasil possa sofrer uma condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de uma interpretação extensiva que tem sido usada pela Corte para alcançar de forma reflexa a proteção do meio ambiente, além da possibilidade de aplicação de instrumentos ou medidas de soluções pacíficas de controvérsias como embargos comerciais realizados por países que importam os produtos brasileiros extraídos da região.

Referências Bibliográficas

BONAVIDES, Paulo, Ciência política, 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 110.

CARVALHO, Kildare Goncalves. Direito Constitucional - Teoria do Estado e da Constituição - Vol. 1 .21ª Ed. São Paulo: Del Rey, 2012.

CRAVINHO, João Gomes – Visões do Mundo: as Relações Internacionais e o Mundo Contemporâneo. Lisboa: Imprensa das Ciências Sociais, 2002.

FONSECA, Fúlvio Eduardo. Notas e Reflexões sobre a Jurisprudência Internacional em Matéria Ambiental: a participação de indivíduos e organizações não governamentais. Ambiente & Sociedade. Campinas v. XIII, n. 2, p. 243-259, jul.-dez. 2010.

MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

PAUPÉRIO, Machado, O Conceito Polêmico de Soberania, 1958, p. 16.

SHELTON, D. Human Rights and Environment Issues in Multilateral Treaties Adopted between 1991 and 2001. In: JOINT UNEP-OHCHR EXPERT SEMINAR ON HUMAN RIGHTS AND THE ENVIRONMENT, 14-16., 2002, Geneva. 2002a. Background paper, no. 1.

TRIGUEIRO, André. 15 pontos para entender os rumos da desastrosa política ambiental no governo Bolsonaro Disponível em: <https://g1.globo.com/natureza/blog/andre-trigueiro/post/2019/06/03/15-pontos-para-entender-os-rumos-da-desastrosa-politica-ambiental-no-governo-bolsonaro.ghml>. Acesso em 01.12.2020.

WWF. AMAZÔNIA, DESMATAMENTO E QUEIMADAS: UM NOVO DESASTRE EM 2020: As trágicas queimadas que vimos em 2019 estão se repetindo neste ano.

Direito fundamental à saúde no Brasil: a saúde pública face aos desafios da política de medicamentos

Fundamental right to health in Brazil: public health in the face of drug policy challenges

Maria Claudia Crespo Brauner¹

Sérgio Danilo Madeira²

Sumário: 1. Direito fundamental à saúde no Brasil; 2. Modelo biomédico e cultura da medicalização; 3. Política de genéricos e indústria farmacêutica nacional 4. Dependência nacional dos laboratórios estrangeiros.; Considerações Finais.

Resumo: O presente trabalho visa apresentar reflexões sobre o direito à saúde no Brasil, traçando alguns apontamentos sobre o Sistema Único de Saúde (SUS) e sua importância para promover a dignidade humana. Apresenta-se uma crítica ao modelo biomédico caracterizado pelo crescente consumo de medicamentos, oriundos da indústria farmacêutica estrangeira que denota a dependência nacional de tecnologias estrangeiras. A questão da sustentabilidade do sistema está em jogo face aos limites orçamentários representado pelo custo excessivo dos medicamentos, conforme pesquisa realizada. Destaca-se o importante impacto dos genéricos, notadamente pela queda dos preços de medicamentos sem patente, que apresenta pontos muito positivos, mas que comprometeu a política de inovação, de produção autônoma de fármacos pelo país e não dependência da expiração das patentes estrangeiras, verificado no pequeno investimento em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação. O desafio consiste em resistir para promover a justiça sanitária face ao momento de crise marcada pela opção governamental de diminuir os investimentos em Ciência e Tecnologia e Inovação e em comprometer a manutenção

1 Professora Associada na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Brasil. Pós-doutorado na Université de Montreal - Canadá. Doutorado em Direito pela Universidade de Rennes1 – França. E-mail mccbauer@hotmail.com

2 Advogado, Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Brasil. E-mail Sdm.madeira@gmail.com

do Sistema Único de Saúde – SUS. Conclui-se pela necessidade de transformar a medicina científica em uma medicina humanista, sobretudo na busca da equidade na alocação de recursos e na distribuição de serviços de saúde.

Palavras-chave: Direito à saúde; modelo biomédico; Justiça sanitária.

Abstract: This paper aims to present reflections on the right to health in Brazil, tracing some notes about the Unified Health System (SUS) and its importance to promote human dignity. It presents a criticism of the biomedical model characterized by the growing consumption of medicines from the foreign pharmaceutical industry that denotes the national dependence on foreign technologies. The issue of the sustainability of the system is at stake in the face of budgetary limits represented by the excessive cost of medicines, according to research. We highlight the important impact of generics. Regarding the methodology, it was developed inductively, monographically, through bibliographic, qualitative and documentary research, consulting scientific books, scientific articles and official websites. The challenge is to resist to promote health justice in the face of the moment of crisis marked by the government's option to reduce investments in Science and Technology and Innovation and to compromise the maintenance of the Unified Health System - SUS. It is concluded by the need to transform scientific medicine into a humanistic medicine, especially in the search for equity in the allocation of resources and in the distribution of health services.

Keywords: Right to health; biomedical model; Health justice.

1. O direito fundamental à saúde no Brasil

A dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, caracteriza-se como a pedra fundamental valorativa da arquitetura constitucional brasileira. Também representa uma conquista civilizatória advinda do fenômeno jurídico do neoconstitucionalismo, o qual permitiu que os valores sociais e jurídicos que permeiam a ordem constitucional

sejam objeto da interpretação³.

Para a promoção da dignidade humana necessário é a compreensão de que ela enquanto estrutura valorativa reivindica o reconhecimento de que seu núcleo contempla dimensões importantes para a construção e realização da vida humana. Dentre estas temos a integridade psicofísica da pessoa humana que também é um direito da personalidade de cada indivíduo.

Através do reconhecimento desta dimensão fundamenta-se o direito à Saúde do qual todo aquele que se encontra no território brasileiro é titular. Por outro lado, e no mesmo instante, nasce o dever do Estado brasileiro, através de todas as suas pessoas jurídicas de direito público interno de garanti-lo e promovê-lo, tornando acessível e concreta a sua fruição pela população brasileira.

Como forma de operacionalização jurídica dessa conquista da pessoa humana o artigo 196 da Constituição Federal de 1988, previu a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), tendo como principais características o acesso universal às ações e serviços de saúde, o que possibilita o ingresso de qualquer pessoa, de maneira igualitária, sem haver distinção em relação à grupo de pessoas, nem de serviços prestados. Sendo através da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990 regulamentado pela legislação ordinária.

O Sistema Único de Saúde (SUS), pode ser concebido como uma ferramenta jurídica a serviço da cidadania no brasileira cuja função é instrumentalizar e mediar os recursos disponíveis no orçamento do estado brasileiro a serem aplicados para o acesso aos cuidados de saúde por parte de sua população. A forma de sua operacionalização e a responsabilidade de seus gestores são fatores que interferem diretamente não só para o exercício da cidadania das pessoas, mas ao acesso à justiça social, que no caso da saúde concebe-se como uma justiça sanitária.

Atualmente, constata-se uma alteração bastante significativa

3 MELLO. Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o Neoconstitucionalismo. Revista jurídica da Presidência. Brasília: CEJP.Vol.13, n. 101, p. 489- 517, 2012.

no bojo das relações médicas, notadamente, em face da massificação das relações sociais, pela qual médico e paciente passaram a se distanciar. A própria denominação dos sujeitos da relação passa a ser alterada, e uma nova nomenclatura a reveste: a de usuário e prestador de serviços, tendo em vista a expansão de uma sociedade de consumo cada vez mais consciente de seus direitos (sejam eles reais ou não) e mais exigente em matéria dos resultados decorrentes da prestação de serviços dessa índole.⁴⁵

2. Modelo biomédico e cultura da medicalização

No Brasil existe uma farmácia (ou drogaria) para cada 3.300 habitantes e o País está entre os dez que mais consomem medicamentos no mundo, segundo dados do Conselho Federal de Farmácia. O acesso a farmácias e drogarias e a facilidade na aquisição de medicamentos no popularmente conhecido “balcão da farmácia” promovem um aumento no consumo de medicamentos

4 O termo sociedade de “sociedade de consumo” tem sido empregado para designar formações sociais características do capitalismo avançado, marcadas por: a) massificação e normatização dos produtos e serviços ofertados no mercado de consumo; b) desenvolvimento de estratégias de marketing extremamente agressivas e sedutoras; c) facilitação e incremento na oferta de crédito; e, d) a adoção de certos padrões de consumo torna-se mecanismo de integração social e de construção da identidade. Acerca dessas questões, cf. BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1995. Cf, também, FEATHERSTONE, Mike. Cultura de consumo e pós-modernismo. São Paulo, SP: Studio Nobel, 1995.

5 Ver BAUMMANN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

pela maioria da população brasileira⁶.

A questão do acesso aos melhores tratamentos e ao bom acompanhamento dos pacientes por parte da população que deles necessitam constitui um grande desafio face ao modelo biomédico fortemente centrado da prescrição de medicamentos, submetido aos grandes interesses do mercado farmacêutico que onera desproporcionalmente o financiamento da saúde.

A realidade da medicina no Brasil é testemunha dessa situação, sendo que segundo dados estatísticos, o Brasil ocupou, em 2016, a 8ª posição no ranking do mercado farmacêutico mundial. No ano de 2020 o Brasil encontra-se ocupando a 6ª posição. Contudo, a projeção é de que em 2021, o Brasil passe a ocupar a 5ª posição. O mercado farmacêutico mundial gerou um faturamento de R\$ 85,35 bilhões no ano de 2016, o que representa um acréscimo de 13,10% comparado ao ano anterior.⁷

O Brasil possui a 5ª maior população, o 5º maior território, a 8ª maior economia mundial, tem quase 200 (duzentos) mil pesquisadores, sendo que mais de 80 bilhões de reais anuais investidos em pesquisa, além de publicações científicas expressivas e de impacto.

A partir dos anos 90 houve a abertura do mercado nacional e o parque industrial ficou prejudicado diante da entrada de capital

6 http://www.conselho.saude.gov.br/ultimas_noticias/2005/medicamentos.htm: Para especialistas, o consumo nacional de medicamentos estaria relacionado ao difícil acesso aos serviços de saúde; ao hábito do brasileiro em fazer uma automedicação, e ao fato do medicamento ser considerado uma mercadoria que pode ser adquirida e consumida sem a orientação devida. De acordo com estimativas da Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de 50% dos usuários de medicamentos o faz de forma incorreta. No País, existe uma cultura de que a farmácia é um mero comércio e o medicamento é uma mercadoria como outra qualquer e isto tem estimulado, e muito, o consumo de medicamentos de forma indiscriminada, comentou o farmacêutico e conselheiro nacional, Francisco Batista Júnior. Para ele, somente a prescrição médica não vai prevenir a automedicação. “A mudança passa pela correta orientação do farmacêutico no estabelecimento farmacêutico. Essa correta informação é fundamental para mudar a cultura das pessoas”, defendeu Francisco Júnior. Segundo ele, é importante que a pessoa saiba o que é o produto que está adquirindo, a ação que vai acontecer em seu organismo ao consumir a substância e das incompatibilidades que existem em relação ao medicamento, assim como a responsabilidade de tomá-lo corretamente.

7 INTERFARMA. Relatório de sustentabilidade 2017. P.3

e de empresas estrangeiras, o que eliminou significativa parcela da concorrência nacional. No tocante aos fármacos, as empresas internacionais aqui instaladas passaram a importar os insumos de maior valor agregado e os princípios ativos de suas matrizes. Os medicamentos fabricados por tais empresas tiveram seus preços aumentados paulatinamente e o que levou a um aumento generalizado no custo dos medicamentos no Brasil.⁸

Existe no país uma cultura da medicalização, que é sustentada pelo modelo biomédico vigente, sem falar na prática da automedicação que é naturalizada nesse país.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) lançou no início do ano de 2017 a iniciativa global “Medicação sem Danos”, para reduzir em 50% os danos graves e evitáveis associados a medicamentos. A meta é alcançar esse resultado ao longo dos próximos cinco anos. Essa é uma questão importante que deve ser encarada como um grave problema que afeta a saúde da população.

Mundialmente, o custo anual associado aos erros de medicação foi estimado em US\$ 42 bilhões – cerca de 1% das despesas totais de saúde no mundo. Os programas para promover o uso correto de medicamentos se estenderam a todos os públicos: usuários, distribuidores, profissionais de saúde e os que atuam no varejo. A entidade estima que 50% de todos os medicamentos são prescritos, dispensados ou usados inadequadamente. Já o Instituto para Práticas Seguras no Uso de Medicamentos (ISPM) afirma que os erros de medicação correspondem a 30% dos erros cometidos em hospitais e na atenção primária.⁹

3. Política de genéricos e indústria farmacêutica nacional

8 BÜCHLER, Maryan. A indústria farmacêutica no Brasil e as teorias da dependência de Ruy Mauro Marini e Fernando Henrique Cardoso”. Revista de Ciência Política Acheegas.net, nº 24, jul./ago. 2005. P.11

9 INTERFARMA. Relatório de Sustentabilidade 2017 Ano Base 2016. <https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/relatorio-de-sustentabilidade-2017-interfarma.pdf>

Com a promulgação da Lei dos Genéricos em 1999, por meio da Lei nº 9.787/99, os quais entraram no mercado em 2000, buscou-se promover a concorrência no mercado farmacêutico nacional.

Os medicamentos genéricos são, basicamente, aqueles que reproduzem os medicamentos de referência que já são produzidos e tiveram expirados o prazo de suas patentes. Ao lado dos medicamentos de referência, os quais se constituem em um medicamento inovador registrado no país, com eficácia, segurança e qualidade cientificamente comprovados, protegido juridicamente por patentes, há ainda o medicamento similar, o qual embora se aproxime da reprodução do medicamento referência, pode se diferenciar em algumas características como tamanho e forma do produto, prazo de validade, rotulagem e embalagem.

Ele nada mais é do que a cópia do medicamento, cuja patente deixou de estar em vigor, perdendo assim, a exclusividade e sendo possível a fabricação da versão genérica. Estes fármacos podem substituir os medicamentos de referência, quando prescritos pelo médico, e em geral apresentam-se com custo mais acessível. No Brasil, mais de 400 princípios ativos já estão registrados na Anvisa (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). São quase 30 classes terapêuticas que combatem as patologias mais frequentes nos brasileiros e grande parte das doenças crônicas.¹⁰

As indústrias nacionais acabaram por se tornar competitivas no mercado interno de medicamentos genéricos, sobretudo diante de dois programas criados pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) a partir de 2001, quais sejam, o apoio à produção e registro de medicamentos, e o apoio à importação de Equipamentos.¹¹

Entretanto, o importante impacto dos genéricos, principalmente relativo à queda dos preços de medicamentos sem

¹⁰ <https://www.far.fiocruz.br/categoria-do-medicamento/o-que-e-um-generico>
Acesso em 30 dez 2020.

¹¹ QUENTAL, Cristiane; et al. Medicamentos genéricos no Brasil: impactos das políticas públicas sobre a indústria nacional. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 13 (sup.), p. 619-628, 2008. p. 621.

patente, acabou por deixar em segundo plano a necessidade de inovação, de produção autônoma de fármacos pelo país e não dependência da expiração das patentes estrangeiras, verificado no pequeno investimento em Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (PD&I) para o desenvolvimento de medicamentos.¹²

Atingir a cobertura universal de saúde, incluindo o acesso a serviços de saúde essenciais e a medicamentos e vacinas seguros, eficazes, de qualidade e a preços acessíveis para todos, é uma das metas relacionadas aos 17 Objetivos que integram a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (ONU).

4. Dependência nacional dos laboratórios estrangeiros

No mercado nacional, o que se observa é que embora o país possua competitividade em termos de medicamentos genéricos, os quais sem dúvida colaboraram com o acesso aos remédios e a sua redução de custo, há uma significativa submissão brasileira quando o assunto é inovação e tecnologia.

A Lei de Propriedade Industrial foi promulgada em 1996, através da Lei nº 9.279/96, mas as empresas brasileiras investem mais em reproduzir do que em inovar. E diante de tal fato, decorre a dependência nacional de medicamentos de referência a partir das patentes estrangeiras ainda vigentes.

As principais indústrias depositantes de patentes relativas à medicamentos, a partir da base de dados Derwent Innovations Index, observa-se que a empresa Suíça “La Roche” aparece como a indústria que mais depositou patentes no Brasil, totalizando 1.707 depósitos.

Em seguida, aparece a empresa também Suíça “Novartis”, com 1.277 depósitos. A terceira indústria que mais realizou

12 PONTES, Carlos E. C. Patentes de Medicamentos e a Indústria Farmacêutica Nacional: Estudo dos Depósitos feitos no Brasil. Revista Produção e Desenvolvimento. Rio de Janeiro-RJ. Vol. 3, n. 2, p. 38-51, ago. 2017.p. 43.

depósitos no Brasil foi a Francesa “Sanofi”, com 1.069 depósitos. Na sequência, aparece a empresa norte americana “Wyeth”, com 912 depósitos, seguida pela empresa inglesa “Astra Zeneca”, com 505 depósitos.¹³

O estudo aponta ainda que, entre os 100 (cem) maiores depositantes no Brasil, não é encontrada nenhuma indústria brasileira. Apenas foram identificadas 3 (três) universidades brasileiras, quais sejam, Universidade Federal de Minas Gerais, com 200 depósitos, a Universidade de São Paulo, com 123 depósitos e a Universidade Estadual de Campinas, com 87 depósitos.

Outro dado a demonstrar este cenário de dependência nacional acerca da tecnologia estrangeira, consiste na verificação do desequilíbrio da balança comercial.

De fato, os dados da INTERFARMA de 2017 revelam um significativo déficit em 2016. Com efeito, em termos de medicamentos, os dados estatísticos apontam que o Brasil exportou R\$ 1,01 bilhão e importou R\$ 5,93 bilhões, representando um déficit comercial de 400%.¹⁴

O Brasil, com relação a medicamentos, importou 400% a mais do que exportou, o que, uma vez mais, indica a dependência da tecnologia estrangeira e suas consequências.

Tal dado se torna ainda mais significante quando se verifica que a maioria das grandes empresas brasileiras produzem medicamentos no país, revelando a ausência de competitividade no mercado internacional.

Dentre a lista de Medicamentos mais vendidos no país em 2016 verifica-se que quinze dos vinte medicamentos mais vendidos no país são de origem estrangeira. Observa-se, ainda, que 10 (dez) dos vinte remédios analisados não possuem genérico. E desses dez que, em tese, ainda possuem patente, 6 (seis) são de origem

13 PONTES, Carlos E. C. Patentes de Medicamentos e a Indústria Farmacêutica Nacional: Estudo dos Depósitos feitos no Brasil. Revista Produção e Desenvolvimento. Rio de Janeiro-RJ. Vol. 3, n. 2, p. 38-51, ago. 2017.

14 INTERFARMA. Relatório de sustentabilidade 2017.

estrangeira.¹⁵ Esse panorama não se alterou significativamente nos últimos anos.

Outra maneira de se identificar a dependência da tecnologia estrangeira consiste na análise da judicialização de medicamentos no país. No particular, segundo dados da INTERFARMA (2017), em 2016 foram gastos com a judicialização R\$ 1,324 bilhões com medicamentos. Segundo dados do Ministério da Saúde, em 2017, apenas 10 (dez) medicamentos dispenderam R\$ 957,7 milhões.

Pela primeira vez, o mercado farmacêutico brasileiro, que engloba as vendas de todos os laboratórios instalados no Brasil, ultrapassou a marca de R\$ 100 bilhões em 2019, chegando a R\$ 102,8 bilhões. O valor representa um crescimento de 11,4% em comparação ao ano anterior. O aumento mais significativo ocorreu no chamado mercado institucional. Formado por governos, clínicas e hospitais, esse mercado cresceu 57,5% desde 2015, impulsionado principalmente por medicamentos inovadores, que são indicados para o tratamento de doenças complexas, como câncer, problemas degenerativos e doenças raras. Já no varejo farmacêutico, em que 75% das compras são realizadas pelo público final, o aumento foi de 53% nos últimos quatro anos. Essa alta se justifica por várias razões, entre o envelhecimento da população e a oferta de novos tratamentos.¹⁶

O Brasil se destaca no panorama mundial farmacêutico, oscilando atualmente entre a 6ª e 7ª posição. Nesse ritmo de crescimento, estima-se que o País alcance a 5ª posição em 2023. Esse bom desempenho do Brasil acontece por diversas razões: é o 6º país com a maior população do mundo. Em 2019, ultrapassamos 210 milhões de habitantes (IBGE); Garantia de acesso à saúde a toda população por meio do Sistema Único de Saúde (SUS); Longevidade. O envelhecimento da população representa maior incidência para doenças. Ou seja, quanto maior a idade, aumentam

15 INTERFARMA, Relatório de sustentabilidade 2017.

16 INTERFARMA. GUIA 2020. In https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/guia_2020.pdf p. 5.

as chances de uma pessoa ficar doente.¹⁷

Considerações finais

O Brasil possui a 5ª maior população, o 5º maior território, a 8ª maior economia mundial, quase 200 (duzentos) mil pesquisadores, mais de 80 bilhões de reais anuais investidos em pesquisa, além de publicações científicas expressivas e de impacto.

Ao se analisar a produção tecnológica, os dados demonstram a existência de um desequilíbrio, ou seja, o país é pouco competitivo em termos de inovação sendo que se encontra em boa colocação quando verificada a produção de conhecimento e tecnologia, pela atuação de seus numerosos pesquisadores.

Este mesmo cenário é verificado na indústria farmacêutica nacional, ocasionando a dependência da tecnologia estrangeira para o tratamento da saúde da população. De fato, embora o país se destaque com um dos maiores no mercado farmacêutico do mundo, a indústria farmacêutica, diante do cenário internacional e das políticas públicas nacionais, voltou-se preponderantemente à produção de genéricos, deixando de investir em pesquisa e desenvolvimento de novos medicamentos.

A crise na saúde pública já se instalou e os resultados perversos sobre a saúde da população já são identificados no momento da crise pandêmica.

É importante continuar resistindo para promover a justiça sanitária no país. O atendimento às necessidades sanitárias da população encontra-se comprometido pela opção governamental de diminuir os investimentos em Ciência e Tecnologia e Inovação e em comprometer a manutenção do Sistema Único de Saúde – SUS.

Urge transformar a medicina científica em uma medicina humanista, sobretudo na busca da equidade na alocação de

17 INTERFARMA. Guia 2020. In https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/guia_2020.pdf

recursos e na distribuição de serviços de saúde. Nessa perspectiva, o maior desafio para atender a esses pressupostos consiste em oportunizar às pessoas mais vulneráveis social e economicamente o acesso a uma medicina de qualidade, segura e eficaz tanto para prevenir o adoecimento e os agravos dele resultante quanto aos tratamentos mais inovadores e seguros para cura e melhoria da qualidade de vida.

Referências bibliográficas

BAUDRILLARD, Jean. A sociedade de consumo. Trad. Artur Morão. Lisboa: Edições 70, p. 100, 1995.

BAUMMANN, Zygmunt. Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Trad, Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BÜCHLER, Maryan. A indústria farmacêutica no Brasil e as teorias da dependência de Ruy Mauro Marini e Fernando Henrique Cardoso. Revista de Ciência Política. Achegas.net n° 24, jul./ago. 2005. Disponível em: http://www.achegas.net/numero/vinteequatro/maryann_buchler_24.htm>. Acesso em 31 dez. 2020

BRAUNER, Maria Claudia Crespo; ORTIZ, Rodrigo Meireles. Inovação, propriedade intelectual e medicamentos: análise dos impactos decorrentes do cenário inovador nacional de fármacos. In: Salete ORO BOFF; Vinícius BORGES FORTES; Gabriel ZANATTA TOCHETTO. (Org.). Propriedade intelectual, novas tecnologias e privacidade. 1ed. Erechim: Deviant, v. 1, p. 151-174. 2019

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. TURCHI, Lenita Maria; MORAIS, José Mauro de (Coord.). Políticas de apoio à inovação tecnológica no Brasil: avanços recentes, limitações e propostas de ações. Brasília: IPEA, 2017.

INTERFARMA. Guia 2020. https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/guia_2020.pdf Acesso em 30 dez 2020.

INTERFARMA. Relatório de sustentabilidade 2017.

<https://www.interfarma.org.br/public/files/biblioteca/relatorio-de-sustentabilidade-2017-interfarma.pdf> Acesso em 31 dez 2020.

MELLO. Sebastian Borges de Albuquerque. Ensaio sobre o Neoconstitucionalismo. Revista jurídica da Presidência. Brasília: CEJP.Vol.13, n. 101, p. 489- 517, 2012.

POLÔNIO, Carlos Alberto. Patentes farmacêuticas e acesso a medicamentos: regras comerciais, direito à saúde e direitos humanos. Revista de Direito Sanitário. São Paulo. V. 7, nº 1, p. 163-182, 2006.

PONTES, Carlos E. C. Patentes de Medicamentos e a Indústria Farmacêutica Nacional: Estudo dos Depósitos feitos no Brasil. Revista Produção e Desenvolvimento. Rio de Janeiro-RJ. Vol. 3, n. 2, p. 38-51, ago. 2017.

QUENTAL, Cristiane; et al. Medicamentos genéricos no Brasil: impactos das políticas públicas sobre a indústria nacional. Revista Ciência & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro, v. 13 (sup.), p. 619-628, 2008.

Reflexiones críticas sobre las garantías en el proceso de decomiso autónomo

Critical reflections on guarantees in the separate confiscation proceeding

Tomás Farto Piay¹

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Supuestos habilitantes del proceso de decomiso autónomo. 3. Cuestiones controvertidas en relación a derechos y garantías aplicables. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

Resumen: En el presente trabajo se efectúan unas reflexiones críticas sobre el proceso de decomiso autónomo, constituido como una herramienta procesal clave para la lucha frente a la delincuencia y sus beneficios, al permitir la confiscación de activos de procedencia ilícita pese a que no pueda ser juzgado penalmente el responsable de los hechos desde la óptica de los derechos y garantías que resultan de aplicación, en particular respecto de la problemática que suscita su configuración y la inadecuación de las remisiones efectuadas al proceso civil en su regulación. En tal sentido, se abordan los supuestos que habilitan para este proceso, tanto la facultad de reserva de la acción de decomiso en el proceso penal principal como los supuestos de imposibilidad de enjuiciamiento penal, con especial mención al supuesto de falta de capacidad del autor de los hechos punibles; asimismo, se hace referencia a determinados aspectos que atañen a los derechos y garantías aplicables, como la naturaleza jurídica del proceso, la legitimación y el estatuto de los sujetos pasivos del decomiso, sus actuaciones procesales y las consecuencias jurídicas derivadas, el acto de juicio y el régimen de la prueba, abogando por una interpretación garantista del régimen del proceso de decomiso autónomo.

Palabras clave: proceso de decomiso autónomo; decomiso; garantías.

¹ Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Vigo. Doctor en Derecho. E-mail: tfarto@uvigo.es

Abstract: In this paper some critical reflections are made on the separate confiscation proceeding, constituted as a key procedural tool for the fight against crime and its benefits, by allowing the confiscation of assets of illicit origin despite the fact that it cannot be criminally prosecuted the person responsible for the facts from the point of view of the rights and guarantees that result from application, in particular with respect to the problems that its configuration raises and the inappropriateness of the referrals made to the civil process in its regulation. In this sense, the assumptions that enable this process are addressed, both the power to reserve the confiscation action in the main criminal proceeding and the assumptions of impossibility of criminal prosecution, with special mention of the assumption of lack of capacity of the author of the punishable acts; Likewise, reference is made to certain aspects that concern the applicable rights and guarantees, such as the legal nature of the process, the legitimacy and the status of the passive subjects of the confiscation, their procedural actions and the derived legal consequences, the act of trial and the evidence regime, advocating a guarantee interpretation of the separate confiscation proceeding regime.

Key words: separate confiscation proceeding; confiscation; guarantees.

1. Consideraciones generales

El decomiso de bienes se erige como una institución jurídica imprescindible para toda política criminal que pretenda la máxima eficacia en la lucha contra la criminalidad, especialmente aquella que obtiene importantes beneficios ilícitos; de ahí que el decomiso adquiera singular importancia, atendida una doble vertiente, la relativa a la reducción de las posibilidades de reiteración delictiva y la supresión de todo rédito de la actividad delictiva. En tal sentido, los diversos instrumentos normativos, internacionales y supranacionales, han ido evolucionando hacia una expansión del decomiso que, en el seno de la UE, alcanza su máximo exponente con la Directiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, sobre el embargo y el decomiso de los

instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea², que busca potenciar y armonizar el decomiso en la UE, cuya transposición ha tenido especial incidencia en la regulación del decomiso en el ordenamiento español, tanto sustantivo como procesal.

En ese orden de cosas, la transposición de la citada Directiva ha determinado la introducción del proceso de decomiso autónomo en la LECrim, normado en los arts. 803 ter e a 803 ter u, preceptos que sistematizan este novedoso proceso que viene a integrar el proceso contradictorio para sustanciar el decomiso autónomo, al objeto de permitir la privación de la titularidad de los bienes procedentes del delito en aquellos supuestos en que no procede el enjuiciamiento penal por fallecimiento, rebeldía o incapacidad procesal, herramienta procesal ineludible para materializar el decomiso en tales supuestos³.

2. Supuestos habilitantes del proceso de decomiso autónomo

El art. 803 ter e 2 LECrim disciplina los supuestos en que resulta de aplicación el proceso de decomiso autónomo⁴, los cuales revisten carácter tasado⁵. El primer supuesto es el de

2 DOUE L núm. 127, de 29 de abril de 2014.

3 Sobre el proceso de decomiso autónomo, entre otros, vid. FARTO PIAY, T., El proceso de decomiso autónomo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, -en prensa-.

4 Sobre esta cuestión, vid. GARRIDO CARRILLO, F.J., El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal, Dykinson, Madrid, 2019, págs. 97-103; GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del delito”, Revista General de Derecho Procesal, núm. 38, 2016, págs. 15-16 (<http://iustel.com>, última consulta: 23/11/2020), 34-41; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, en MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015,, págs. 471-479; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., El decomiso de activos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017, págs. 256-271.

5 Ello pese a la duda que pudiera suscitar la alocución “en particular” que emplea el precepto, así como la falta de coincidencia con los supuestos que prevé el art. 127 ter CP, relativo a la modalidad de decomiso autónomo.

reserva de la acción de decomiso en el proceso penal ordinario por delito para su ejercicio en el proceso de decomiso autónomo, facultad prevista en el art. 803 ter e 2 a) LECrim, cuyo objetivo es simplificar y agilizar el proceso penal, evitando el debate sobre bienes y terceros⁶. Dicha norma establece la posibilidad de acudir al proceso de decomiso cuando en el proceso penal el Fiscal se limita a una genérica solicitud de condena al decomiso, reservando su determinación y alcance para el ulterior proceso de decomiso, que únicamente podrá iniciarse a la firmeza de la sentencia penal. La reserva de acción ha de ser total, sin que sea factible solicitar un decomiso parcial con la reserva para el proceso de decomiso de la acción respecto de otros bienes.

El segundo supuesto, en puridad supuestos, tiene como base la imposibilidad de enjuiciamiento penal del sujeto. Así, el art. 803 ter e 2 b) LECrim habilita para sustanciar el proceso de decomiso autónomo cuando el autor de un hecho punible haya fallecido o no pueda ser enjuiciado por causa de rebeldía o de incapacidad, siempre bajo la exigencia de que los hechos sean punibles, punibilidad que habrá de ser objeto del proceso de decomiso.

Por tanto, el primero de los supuestos parte del fallecimiento del responsable de los hechos, cuestión que determina que el proceso se haya de tramitar con sus sucesores o herederos o, en su caso, terceros afectados. En relación a este supuesto, pese a las dudas que emanan de la redacción del art. 127 ter 2 CP, que refiere la aplicación del decomiso autónomo a quien ha sido formalmente acusado o al imputado con indicios racionales de criminalidad, debe interpretarse que el fallecimiento del responsable antes de que se hubiese iniciado un proceso penal frente al mismo no puede conllevar la imposibilidad de proceder al decomiso autónomo por aplicación del referido supuesto⁷.

6 Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO (“Aspectos procesales del decomiso...”, op. cit., pág. 473), la reserva de concreción de los bienes a decomisar para un proceso posterior puede servir para simplificar procesos complejos, sin merma de las garantías para las partes.

7 Vid. RODRÍGUEZ GARCÍA, N., El decomiso..., op. cit., pág. 267.

En cuanto a la rebeldía del sujeto que impida su enjuiciamiento, supuesto del art. 803 ter e 2 b) LECrim, dicha situación de rebeldía precisa de una declaración judicial, siendo su finalidad posibilitar el decomiso y enervar el riesgo derivado de la prescripción, así como que se pueda frustrar el decomiso de bienes por su pérdida, destrucción o minusvaloración.

El último supuesto acontece cuando el autor del hecho punible no puede ser enjuiciado penalmente debido a su incapacidad para comparecer en juicio; nuevamente, la falta de coincidencia entre la norma procesal y sustantiva requiere un esfuerzo hermenéutico para determinar el ámbito del supuesto. Es así que, aun cuando el art. 127 ter CP viene referido a una enfermedad crónica que impida el enjuiciamiento, con el riesgo de prescripción, debe entenderse que, en el plano procesal, el supuesto legal viene referido a la ausencia de capacidad procesal del sujeto pasivo del proceso penal, concepto que no debe conectarse con la incapacidad civil pues la situación de incapacidad viene referida a falta de capacidad que permita el válido sometimiento a juicio oral penal, sin que sea exigible una declaración judicial de incapacidad.

En tal sentido, hemos de partir que deviene incompatible la celebración de juicio oral penal con la incapacidad del sujeto pasivo cuando su estado mental no le permita comparecer y actuar con mínimas garantías, por lo que, en coherencia con tal premisa, ha de concluirse que no es posible someter al incapaz al proceso de decomiso autónomo, pues en tal caso se vulnerarían los derechos y garantías que le amparan como sujeto pasivo de una sanción penal en un proceso penal⁸.

3. Cuestiones controvertidas en relación a derechos y garantías aplicables.

La naturaleza jurídica, penal o civil, que se confiera al proceso

⁸ En estos casos es fundamental la adopción de medidas cautelares y de aseguramiento de su patrimonio.

de decomiso autónomo es una cuestión esencial para determinar el régimen jurídico de aplicación y, en particular, los derechos y garantías que deben regir el mismo. Ciertamente, la caótica configuración que el legislador ha otorgado al proceso dificulta la precisión de su naturaleza, toda vez que se entremezclan elementos procesales civiles con otros propios del proceso penal.

En tal sentido se incardinan en su regulación aspectos civiles, de entre los que cabe destacar la remisión a las normas del juicio verbal civil, así como el empleo de conceptos del proceso civil tales como demandado, demanda y contestación, o la aplicación de la LEC a la comparecencia del encausado con la capacidad modificada judicialmente o del encausado rebelde y del tercero, aspectos que parecen obedecer a la intención de conferir naturaleza civil tanto al decomiso autónomo como al proceso de decomiso autónomo.

No obstante lo anterior, y tal vez pretendiendo eludir problemas de constitucionalidad, se incluye en la regulación del proceso determinados elementos procesales penales, como la atribución de legitimación activa exclusiva al MF, el derecho a la asistencia letrada propia del sujeto pasivo del proceso penal, el nombramiento de procurador y abogado de oficio para el encausado rebelde, la remisión en materia de costas a la LECrim, el destino o atribución de los bienes decomisados o del producto de su realización al Estado, la aplicación del sistema de recursos del proceso penal abreviado o la remisión a la LECrim respecto del régimen de revisión de sentencias firmes.

Cumple reseñar que la naturaleza penal del proceso de decomiso autónomo viene determinada por el carácter sancionador, penal⁹, de su objeto, el decomiso, a lo que cabe añadir que se trata de un proceso regulado en la LECrim y cuya competencia se atribuye a los órganos judiciales penales, proceso en el que se pretende

9 DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-10, 2016, págs. 25-26 (<http://criminnet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>, última consulta: 17/11/2020); GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales...”, op. cit., págs. 15-16; RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso...*, op. cit., págs. 141-142.

la privación de bienes de origen ilícito, activos cuya procedencia delictiva debe resultar declarada, y por ende acreditada, bien en el propio proceso de decomiso autónomo bien en un proceso penal previo al citado proceso en el supuesto de reserva de la acción de decomiso. No obstante, lo cierto es que se trata de un proceso penal especial en cuanto, pese al carácter sancionador del decomiso, no tiene por objeto el enjuiciamiento a efectos de condena penal por delito¹⁰.

Asimismo, existen otros aspectos del proceso de decomiso autónomo que merecen ser traídos a colación por su relevancia en cuanto a su afectación o interacción respecto de los derechos y garantías de aplicación, en particular a los sujetos pasivos del proceso.

En este orden de consideraciones y referido a los sujetos, o partes, del proceso, cabe destacar en cuanto a la legitimación activa que el art. 803 ter h LECrim atribuye al fiscal de manera exclusiva y excluyente la legitimación activa para la acción de decomiso, atribución de legitimación que no parece desacertada, atendida la naturaleza, objeto y fines del proceso, al ser suficiente para materializar y garantizar la eficacia del decomiso, además de evitar demandas fraudulentas o temerarias. De este modo, el carácter excluyente de la legitimación activa al MF veda la posibilidad de que un tercero, víctima o perjudicado, pueda intervenir como sujeto activo en el proceso, de suerte que su única posibilidad de sería la solicitud al MF para la presentación de la demanda de decomiso, ello sin perjuicio del ejercicio de las acciones que le pudieran corresponder en la jurisdicción civil.

Ahora bien, hubiese sido procedente permitir la intervención de perjudicados como parte activa junto al MF, no como demandante originario, sino en momento procesal ulterior, con fundamento en su interés de resarcimiento, sin obviar posibles aspectos positivos que su intervención pudiera aportar, en particular en materia de

10 GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales...”, op. cit., pág. 31.

prueba o de conocimiento de datos del sujeto pasivo o respecto de bienes, contribuyendo a una mayor amplitud del decomiso¹¹. En ese sentido, para facultar la participación de terceros como parte activa, no originaria, resultaría preciso una abordar una reforma legal a tal efecto, como pudiera ser una previsión legal de llamada al proceso de los terceros para que puedan actuar como sujetos activos, posibilidad de intervención que habría de ser admitida judicialmente, sea a solicitud del MF, como una suerte de intervención provocada similar a la del art. 14.1 LEC, sea de oficio con una previsión como la del art. 150.2 LEC, de modo que por disposición judicial se notificase la pendencia del proceso a las personas con intereses que pudieran verse afectados por la resolución del proceso al objeto de intervenir.

Respecto de la legitimación pasiva, sujetos pasivos del proceso de decomiso son aquellos frente a los que el MF dirija la acción con fundamento en su relación con los bienes a decomisar, pudiendo ostentar dicha condición el encausado, o autor de los hechos punibles, y los terceros afectados por el decomiso. En cuanto a la posición y derechos de tales terceros en el proceso, como sujetos pasivos del decomiso, haciendo una interpretación garantista deben gozar con plenitud de los derechos y garantías de todo sujeto pasivo del proceso penal, ello aunque no se les atribuya intervención en la actividad delictiva; no debe obviarse que su actuación o posición en relación a los bienes a decomisar pudiera llegar a ser constitutiva del algún delito, por lo que el tercero pudiera autoincriminarse de no actuar amparado por los derechos propios del encausado, como el derecho a guardar silencio, no responder a preguntas o no reconocer hechos.

Entrando propiamente en la regulación o normativa aplicable al procedimiento, su especialidad radica en que, pese a su carácter penal, le resultan de aplicación las normas del juicio verbal de la

11 NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios”, Diario La Ley, núm. 8601, Sección Doctrina, 9 de septiembre de 2015, pág. 4 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 27/07/2019); RODRÍGUEZ GARCÍA, N., El decomiso..., op. cit., págs. 275-276.

LEC, por remisión expresa del art. 803 ter g LECrim, si bien dicha remisión se efectúa con especialidades. Debe señalarse en este punto que en aquello no regulado en los arts. 803 ter e a 803 ter u LECrim, ni en los arts. 437 a 447 LEC del juicio verbal cuando resulten aplicables por remisión, habrá de acudir supletoriamente a la LECrim, dada su naturaleza procesal penal.

La remisión a normas procesales civiles en el seno de un proceso penal no parece conveniente ni adecuada por cuanto nos encontramos ante un proceso penal especial que se inspira en el juicio verbal, con especialidades propias y remisiones variadas, que lo convierten en un híbrido entre proceso penal y civil¹². La motivación del legislador a la hora de concebir un proceso asimilado al proceso civil o de una naturaleza próxima a éste se pueden encontrar en un intento de enervar las exigencias de las garantías y derechos fundamentales del proceso penal, priorizando la eficacia del decomiso en detrimento del estatuto jurídico de los sujetos pasivos. En consecuencia, hemos de ser críticos con la decisión de revestir de naturaleza procesal civil a un proceso penal cuyo objeto es una figura penal sancionadora, sin que sirva de justificación una pretendida mayor agilidad o eficacia, de modo que, en coherencia con la naturaleza penal del proceso de decomiso autónomo, le serán de aplicación los principios y garantías inherentes al proceso penal.

Respecto de las actuaciones procesales del sujeto pasivo del proceso, demandado en términos de la norma, éste puede adoptar distintas actitudes. Así, podrán oponerse totalmente a las pretensiones del MF y solicitar la desestimación íntegra de la

12 BUJOSA VADELL [“La perspectiva procesal del decomiso”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal, Atelier, Barcelona, 2019, págs. 714-715] advierte que la remisión parece tener como objetivo una regulación sencilla y rápida pero las especialidades son tantas que falta poco para que en la LECrim se hubiera previsto un procedimiento simple, pero completo, que evitaría las incertezas de esa remisión. FRANCO ARIAS [“Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 368] considera que es un híbrido entre juicio verbal civil y proceso penal abreviado, con las dificultades que comporta.

demanda de decomiso. Asimismo, pueden oponerse parcialmente y, en su caso, admitir parte de lo postulado por el MF o no oponerse expresamente, guardando silencio respecto de determinadas peticiones de la demanda, falta de oposición respecto de algunas de las peticiones planteadas que habrá de equipararse a ausencia de contestación parcial.

Por otro lado, el sujeto pasivo puede mostrar su aquietamiento al decomiso en su escrito de contestación, aceptando, total o parcialmente, la solicitud de forma expresa con efectos análogos al allanamiento, de suerte que respecto de las pretensiones no aceptadas expresamente, se aplicarían las consideraciones sobre la falta de oposición.

Si el demandado no interpusiera su escrito de contestación en plazo, o si desistiera del mismo, el órgano judicial acordará el decomiso definitivo de los bienes. La mención al desistimiento es una incorrección técnica, dado que el desistimiento procede respecto del ejercicio de una pretensión, no de una contestación a la demanda, por lo que procedería entender que el precepto se refiere a la manifestación de falta de oposición a la demanda, de no mantener una postura activa contradictoria. Los efectos de la no contestación a la demanda se equiparan al allanamiento tácito, determinando que el órgano judicial acuerde en sentencia el decomiso definitivo.

Al respecto, pese a que la falta de contestación responda a una decisión voluntaria del sujeto pasivo, la consecuencia es antoja excesivamente gravosa siendo más adecuado que, pese a ello, resulte exigible que queden acreditados, siquiera mínimamente, los presupuestos del decomiso para poder ser acordado, sin exonerar de prueba a la acusación para una condena automática¹³; todo ello, atendida su naturaleza penal, que viene a implicar que ha de ser la parte acusadora, o demandante, quien tenga la carga de acreditar sus presupuestos y extensión, como interpretación más respetuosa

13 Sobre esta cuestión, vid. CARRILLO DEL TESO, A.E., *Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 248-249.

con el derecho a la presunción de inocencia y a guardar silencio o no declarar contra uno mismo.

En cuanto a la fase de juicio, el art. 803 ter o 1 LECrim dispone que el juicio se desarrollará conforme a lo previsto en el art. 433 LEC, que regula el acto de juicio del proceso civil ordinario, por lo que se excepciona la remisión general al juicio verbal; ahora bien este precepto, por tanto la regulación del juicio, debe ser aplicado en aquello que permita su aquietamiento al proceso penal de decomiso autónomo y sus especialidades.

De este modo, la incomparecencia del demandado al acto de juicio no puede interpretarse como una falta de contestación a la demanda, ni aplicar analógicamente sus gravosas consecuencias, por lo que habrá de estarse a la oposición planteada; en este sentido, dado que ni las normas del proceso de decomiso ni el art. 433 LEC lo prevén, ante la incomparecencia del demandado habría de celebrarse la vista en ausencia.

De otro lado, esa remisión al art. 433 LEC implica una falta de previsión de la posibilidad de que los sujetos pasivos, pese a su inicial oposición, puedan aquietarse al decomiso, al inicio de la vista o tras alcanzar un acuerdo con el MF previa modificación del escrito de demanda, lo que supondría una especie de conformidad que habrá de considerarse admisible ante la inexistencia de previsión que la prohíba.

En relación al acto de juicio, antes de la práctica de la prueba procederá el trámite de reiteración de la prueba previamente inadmitida y, atendida la naturaleza penal del proceso, las partes han de poder proponer nuevos medios de prueba, en los términos previstos en el art. 786.2 LECrim para el proceso abreviado, sin que quepa recurso frente a la inadmisión de prueba, sino únicamente protesta para, en su caso, reproducir la cuestión en recurso frente a la sentencia.

Sobre la práctica de la prueba, cabe reseñar que el art. 433.1 LEC remite a los arts. 299 y ss. LEC, si bien toda vez que el

proceso de decomiso autónomo es un proceso penal la remisión ha de interpretarse respecto de la tramitación de la vista, pero no en cuanto al régimen de la prueba que se regirá por los principios y normas del proceso penal, para extremar el respeto de las garantías de los sujetos pasivos¹⁴.

En esa línea, al interrogatorio de parte deben aplicarse los derechos y garantías del encausado, en cuanto estamos ante un sujeto pasivo de una sanción penal; y ello tanto en relación al sujeto responsable o autor de los hechos ilícitos, como respecto del tercero afectado por el decomiso, pues el decomiso respecto de éstos también ostenta naturaleza penal sancionadora, ello aun admitiendo la diferencia cualitativa entre ambos sujetos pasivos, dado que al tercero afectado no se le atribuye ninguna actividad ilícita directa en relación al origen de los bienes; no se puede obviar que, en ocasiones, su situación o actuación para la adquisición de los bienes pudiera integrar algún delito, surgiendo la posibilidad de incriminación respecto de un eventual y ulterior proceso penal, sin que proceda su conceptualización y tratamiento como mero testigo.

Es así que la extensión de derechos y garantías del encausado a todo sujeto pasivo del proceso determina que les ampare el derecho a guardar silencio y a no declarar contra sí mismo, con la consiguiente inaplicación del régimen de reconocimiento de hechos perjudiciales por incomparecencia o ante su negativa a declarar o respuestas evasivas e inconcluyentes, derivando de lo anterior que el letrado defensor pueda proponer la declaración del sujeto pasivo que defiende en base al derecho de ser oído, que debiera ser preceptivo, así como el derecho a la última palabra al final del juicio.

En relación a la prueba de testigos, deben entenderse aplicables tanto el art. 416 LECrim, sobre dispensa del deber

14 DÍAZ CABIALE ("El decomiso...", op. cit., pág. 55) advierte que estamos ante un proceso penal con una singular envoltura externa que no altera el estatuto del investigado/acusado y las restantes garantías.

de declarar, como el art. 714 LECrim con la facultad de solicitar y dar lectura, en su caso, a aquellas declaraciones prestadas anteriormente por el testigo ante posibles contradicciones con su declaración en juicio. Practicada la prueba, procederá la formulación de conclusiones, debiendo admitirse que las partes, en particular los sujetos pasivos, puedan alterar su posición jurídica, como en el proceso penal abreviado.

4. Conclusiones

El proceso de decomiso autónomo no ha sido configurado con el rigor y la precisión técnica que el decomiso y los relevantes intereses inherentes a dicha figura jurídica requieren. Así, de la divergencia de regímenes, remisiones incompletas, lagunas o disposiciones oscuras, resulta una normativa insatisfactoria que plantea problemas de interpretación y dificulta la comprensión y la aplicación del proceso, plasmando un modelo que pone en riesgo derechos y garantías básicas.

De ahí que abogemos por una profunda reforma del régimen del proceso de decomiso autónomo, que se decante por la configuración de un proceso de naturaleza penal unívoca, con aplicación de las garantías y derechos propios del proceso penal, estructurado y sistematizado con criterios y normas uniformes, sin remisiones a instituciones ni normas procesales civiles, sin que pueda aceptarse que se pretenda dotar de naturaleza civil al proceso, ni al decomiso, pues pese a que contribuya a permitir maximizar su eficacia ello no resulta admisible en detrimento de los derechos de los sujetos pasivos.

En este sentido, además de las reformas procesales, la optimización del decomiso hace imprescindible acometer una inversión económica que permita implementar el sistema y dotar de medios a la administración de justicia y al resto de administraciones u organismos implicados, con la aspiración de conseguir que el

decomiso despliegue la eficiencia necesaria acorde a sus finalidades, sin olvidar su vertiente como fuente de ingresos públicos, tarea en la que deben adquirir un papel preponderante los organismos de recuperación de activos. En suma, la clave para la optimización de esta institución debe centrarse en la inversión y dotación de medios, no en la merma de derechos y garantías.

5. Bibliografía

BUJOSA VADELL, L., “La perspectiva procesal del decomiso”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.), ALONSO SALGADO, C. (Coord.), El nuevo proceso penal sin Código Procesal Penal, Atelier, Barcelona, 2019, págs. 677-718.

CARRILLO DEL TESO, A.E., Decomiso y recuperación de activos en el sistema penal español, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

DÍAZ CABIALE, J.A., “El decomiso tras las reformas del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 18-10, 2016, págs. 1-70 (<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-10.pdf>, última consulta: 17/11/2020).

FARTO PIAY, T., El proceso de decomiso autónomo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, -en prensa-.

FRANCO ARIAS, J., “Una pincelada sobre el procedimiento de decomiso autónomo”, en ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. (Dir.), El nuevo proceso penal tras las reformas de 2015, Atelier, Barcelona, 2016, págs. 365-379.

GARRIDO CARRILLO, F.J., El decomiso. Innovaciones, deficiencias y limitaciones en su regulación sustantiva y procesal, Dykinson, Madrid, 2019.

GASCÓN INCHAUSTI, F., “Las nuevas herramientas procesales para articular la política criminal de decomiso total: la intervención en el proceso penal de terceros afectados por el decomiso y el proceso para el decomiso autónomo de los bienes y productos del

delito”, Revista General de Derecho Procesal, núm. 38, 2016, págs. 1-71 (<http://iustel.com>, última consulta: 23/11/2020).

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “Aspectos procesales del decomiso: intervención de terceros afectados por el decomiso, el proceso de decomiso autónomo y la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos”, en MARCHENA GÓMEZ, M., GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en 2015, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 439-520.

NIEVA FENOLL, J., “El procedimiento de decomiso autónomo. En especial, sus problemas probatorios”, Diario La Ley, núm. 8601, Sección Doctrina, 9 de septiembre de 2015, págs. 1-15 (<http://laleydigital.laley.es>, última consulta: 27/07/2019).

RODRÍGUEZ GARCÍA, N., El decomiso de activos, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.

A proteção do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro: uma análise a partir dos princípios da ponderação e razoabilidade

The protection of the right to forget in the brazilian legal order: an analysis from the principles of weighting and reasonability

Luiza de Almeida Pereira Macedo¹

Sumário: I- Introdução; II- Direito ao esquecimento: aspectos gerais; III – Liberdade de expressão x direito à privacidade e o direito ao esquecimento; IV – Considerações finais; V – Referências Bibliográficas

Resumo: Como se dá a proteção jurídica do direito ao esquecimento no Brasil? O presente trabalho propõe-se a responder à questão por meio da metodologia dedutiva, analisando aspectos gerais do direito ao esquecimento, bem como sua evolução histórica e as suas terminologias adotadas. Por meio de uma pesquisa de cunho bibliográfico-documental, realizou-se, num primeiro momento, uma investigação da legislação e da doutrina que se ocupam da temática, analisando o direito de esquecer enquanto direito da personalidade. Ainda na primeira parte deste artigo, procurar-se-á entender e correlacionar os direitos de informação e de expressão - liberdades comunicativas - de um lado, e o direito à privacidade, do outro, todos enquanto direitos fundamentais de igual valor, com algumas contribuições elencadas na União Europeia que tem estado na vanguarda desse instituto. Ademais, num segundo tópico, será feito um exame dos contornos do direito de esquecer, a partir da colisão desses princípios, e do critério utilizado a fim de mitigar

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa - UAL; Pós-graduada em Direito do Consumidor pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC São Paulo - SP; Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pelo Instituto Damásio de Direito da Faculdade IBMEC São Paulo - SP; Graduada em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ; Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Paraíba. E-mail: macedoluiza@gmail.com.

esse aparente choque de valores, quando analisados no caso concreto. Conclui-se que a sua efetiva proteção jurídica no Brasil se dá a partir dos princípios da ponderação e da razoabilidade, evitando, assim, uma hierarquização ou a prevalência abstrata de um direito sobre o outro.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento; Direito Fundamental; Ponderação.

Abstract: How does the legal protection of the right to forget occur in Brazil? The present work proposes to answer the question through the deductive methodology, analyzing general aspects of the right to be forgotten, as well as its historical evolution and its adopted terminologies. Through a bibliographic-documentary research, an investigation of the legislation and doctrine that deal with the theme was carried out, analyzing the right to forget as a personality right. Still in the first part of this article, the search will try to understand and correlate the rights of information and expression - communicative freedoms - on the one hand, and the right to privacy, on the other, all as fundamental rights of equal value, with some contributions listed in the European Union that has been at the forefront of that institute. Furthermore, in a second topic, an examination of the contours of the right to forget will be made, based on the collision of these principles, and of the criteria used in order to mitigate this apparent shock of values, when analyzed in the specific case. It is concluded that its effective legal protection in Brazil is based on the principles of weighting and reasonableness, thus avoiding a hierarchy or the abstract prevalence of one right over the other.

Keywords: Right to be forgotten; Fundamental right; Weighting.

I. Introdução

O presente artigo propõe-se a estudar a proteção jurídica do direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro. Justifica-se a investigação, tendo em vista o crescente debate e consequente

evolução do direito a ser esquecido no cenário mundial², sem que haja, contudo, um consenso acerca de sua nomenclatura - razão pela qual não se optou neste artigo por nenhuma terminologia³ específica - e da forma pela qual seu amparo jurídico deve acontecer.

O direito ao esquecimento no Brasil está associado ao direito da personalidade e ao conflito de direitos fundamentais, que envolve o direito à privacidade, bem como à liberdade de expressão e de informação. O fato é que sua aplicação tem sido analisada a partir de casos concretos que chegam para a apreciação do Poder Judiciário⁴.

Para esta pesquisa, a metodologia utilizada foi essencialmente a dedutiva⁵⁶, analisando aspectos gerais do direito ao esquecimento, amparado por pesquisa de cunho bibliográfico-documental, por meio da análise de doutrina, artigos científicos e da legislação pertinente.

O objetivo geral consiste em analisar como ocorre a proteção jurídica do direito ao esquecimento no Brasil. Para isso, o trabalho foi dividido em duas partes. A primeira, abordará aspectos gerais e o conceito do direito de esquecer sob a perspectiva do direito brasileiro, com algumas considerações sobre a legislação na

2 VIEIRA, José Ribas; ANDRADE, Mário Cesar. da Silva; VASCONCELOS, Vitor Jorge Gonçalves. Do esquecimento à desindexação: a evolução internacional da controvérsia sobre o direito ao esquecimento e as limitações da jurisprudência brasileira. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 20(2), 397-418. Disponível em <https://doi.org/10.18593/ejil.20099>. Acesso em 24 dez. 2020. p. 400.

3 Neste sentido, algumas terminologias são adotadas: direito ao esquecimento; direito de esquecer; direito a ser esquecido, etc.

4 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 1.335.153/RJ. p. 14. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013; Confira também: BRASIL, Superior Tribunal De Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, Recorrente: Globo Comunicações e Participações S/A, Recorrido: Jurandir Gomes de França, Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 10 de setembro de 2013. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1239004&num_registro=201201449107&data=20130910&formato=PDF. Acesso em 30 nov. 2019.

5 LAKATOS, Eva Maria; DE ANDRADE MARCONI, Marina - Metodologia científica. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91.

6 GIL, Antonio Carlos - Métodos e técnicas de pesquisa social. 6. ed. Editora Atlas SA, 2008, p.16.

União Europeia, que tem se mostrado na vanguarda⁷ no estudo desse instituto, notadamente a partir do caso Google Spain⁸. Na segunda parte, será feito o exame dos direitos fundamentais que circundam o direito de esquecer, numa perspectiva tanto do direito das liberdades comunicativas quanto do direito à privacidade, bem como o critério utilizado para solucionar essa colisão de princípios.

II- Direito ao esquecimento: aspectos gerais

O direito ao esquecimento⁹, direito a ser esquecido ou direito de esquecer, entre outras expressões, serão aplicadas neste artigo como sinônimas e sua terminologia pode variar a depender da origem de sua tradução¹⁰. Significa, segundo definição de Maria Helena Diniz,¹¹ “o direito de não ter sua privacidade histórica devassada, a qualquer tempo, por terceiros”. Para Chehab¹², “é a faculdade que o titular de um dado ou um fato pessoal tem para vê-lo apagado, suprimido ou bloqueado, pelo decurso do tempo e por afrontar seus direitos fundamentais”. Nesse contexto, embora na maior parte dos casos seja tratado como uma espécie de direito

7 ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O direito a ser esquecido. Revista do Direito. Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 53, dez. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/11367>. p. 130. Acesso em 12 nov. 2019.

8 UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção). Acórdão nº C-131/12. Jornal Oficial da União Europeia. União Europeia. Disponível em: http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=PT#Footnote*. Acesso em: 31 dez. 2020.

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado Direito ao Esquecimento no Brasil. Espaço Jurídico Journal of Law [EJL], 19(2), 491-530. Disponível em <https://doi.org/10.18593/ejll.v19i2.17557>. Acesso em 24 dez. 2020. p.493.

10 COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo - Não adianta nem tentar esquecer: um estudo sobre o direito ao esquecimento. Revista Brasileira de Políticas Públicas. v. 7, n. 3. Direito e Mundo Digital. 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4964/3637>. Acesso em 12 nov. 2019. p. 420.

11 DINIZ, Maria Helena - Efetividade do direito a ser esquecido. Revista Argumentum-Argumentum Journal of Law. v. 18, n. 1. Marília/SP. 2017. p.20. Disponível em <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/339>. Acesso em 06 de nov. 2019.

12 CHEHAB, Gustavo Carvalho – O direito ao esquecimento na sociedade da informação. Revista dos Tribunais RT 952. v. 952. 2015. p.88.

uno, pode apresentar, ainda, uma série de significados¹³, como sendo um direito à reabilitação, ao apagamento, à desindexação, à obscuridade e ao esquecimento digital.

A União Europeia (UE) tem se mostrado na vanguarda¹⁴ desse instituto, tendo o direito a ser esquecido forte aplicação na proteção de dados pessoais, relacionado com a desindexação¹⁵ de informações, a cargo do Novo Regulamento Geral de Proteção de Dados, n.º 679¹⁶. Para Pedro Trovão¹⁷ “é inquestionável que a positivação ocorrida no âmbito do novo Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados deriva da construção jurisprudencial adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia”.

No Brasil, o direito ao esquecimento não está positivado na legislação e possui grande carga doutrinária e jurisprudencial¹⁸. Está mais diretamente atrelado ao direito da personalidade¹⁹, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da honra, direito à intimidade e privacidade, fazendo contraposição à liberdade de imprensa, de expressão e ao direito à informação²⁰. A Constituição da República Federativa do Brasil (CFB), no art. 1º, III, protege a dignidade da pessoa humana, a fim de garantir uma

13 ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt - Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, Brasília, 2018. p. 394. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4867/3671>. Acesso em 24 dez. 2020.

14 ROSÁRIO, Pedro Trovão do - Op. Cit. p. 130.

15 VIEIRA, José Ribas; ANDRADE, Mário Cesar. da Silva; VASCONCELOS, Vitor Jorge Gonçalves – Op. Cit. p. 406.

16 REGULAMENTO (UE) 2016/679. Jornal Oficial da União Europeia. (04-05-2016), p. L119/1-119/88. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=PT>. Acesso em 24 dez. 2020.

17 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – Op. Cit. p. 135.

18 COSTA, José Augusto Fontoura; MINIUCI, Geraldo - Op. Cit. p. 419.

19 DA ROCHA, Maria Vital; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues - Esquecimento, internet e “preferência” da informação: possibilidades de aplicação da doutrina dos preferred rights da jurisprudência norte-americana ao caso brasileiro. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3. Brasília, 2018. 783-509 p. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4969/3674>. ISSN 2236-1677. Acesso em 18 nov. 2019. p.493/494.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Proteção da personalidade no ambiente digital: uma análise à luz do caso do assim chamado Direito ao Esquecimento no Brasil. Op. Cit. p.494.

vida com qualidade²¹. Também resguarda no art. 5º, X, os direitos fundamentais à vida privada, à honra, à intimidade e à imagem. Na mesma linha, o Código Civil Brasileiro (CCB)²², no art. 21, trouxe o direito à privacidade no rol dos direitos da personalidade²³.

É nessa perspectiva constitucional que o direito ao esquecimento se apresenta no Brasil, ou seja, como uma espécie de consequência de outros direitos, como um verdadeiro desdobramento do direito da personalidade²⁴. Ganha força, pois, com a formulação do Enunciado²⁵ nº 531²⁶ da VI Jornada de Direito Civil do Conselho Nacional da Justiça Federal/STJ, que assim preconiza: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”²⁷.

A despeito da discussão acima e seguindo o avanço na proteção de dados, oriunda da União Europeia, surge, no regime jurídico brasileiro, a Lei nº 13.709/18, chamada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, (LGPD)²⁸, que traz regras para o armazenamento dos dados pessoais dos indivíduos por empresas ou mesmo por outras pessoas físicas. A doutrina ainda não está

21 DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre Costa. Direito ao esquecimento: na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana?. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4905/3659>. p. 465. Acesso em 18 nov. 2019.

22 Lei nº 10.406/02 in BRASIL, Código Civil, in: Vademecum: Acadêmico de direito. 28.ed. São Paulo. Rideel. 2019.

23 SOUZA, Manuela Gatto Santa Rita – O direito ao esquecimento na era digital: uma análise comparativa lusobrasileira. Pessoa e Patrimônio no Entendimento dos Tribunais Superiores. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2019. p. 37.

24

25 RIBEIRO, Diaulas Costa; SANTOS, Júlio Edstron S.; LOBO, Júlia Afonso. O direito fundamental ao esquecimento: uma análise comparativa da experiência brasileira e europeia. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 45, p. 734 - 772, fev. 2017. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1857/1229>. Acesso em: 24 dez. 2020. p. 753.

26 SOUZA, Manuela Gatto Santa Rita - Op. Cit. p. 44.

27 BRASIL, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado n. 531. Brasília, 2013. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>. Acesso em 24 dez. 2020.

28 Veja-se o art. 65 Lei nº 13.709/18. BRASIL, Lei nº 13.709/18. Diário Oficial da União, Seção I. N.º 1 (16-07-2012), p. 59. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 24 dez. 2020.

sedimentada no tocante a essa nova LGPDB. O que se tem na verdade, até mesmo diante da novel legislação, é certa limitação em trabalhar com as mais variadas formas e significados que envolve o direito ao esquecimento e as suas derivações²⁹. Esse papel acabou sendo transferido ao poder judiciário que é locus das discussões.

III – Liberdade de expressão x direito à privacidade e o direito ao esquecimento

Na União Europeia e, mais recente, no Brasil, a legislação tem se preocupado cada vez mais em proteger o cidadão usuário na rede mundial de computadores³⁰. A grande questão é garantir segurança aos usuários quanto aos seus direitos fundamentais. O cerne está, além da proteção de dados propriamente dita, no cuidado com a vida privada e a intimidade, mas também na liberdade de informação, até mesmo de imprensa. O direito à privacidade se apresenta como gênero a fim de que “o indivíduo respeite a intimidade e a vida privada do seu semelhante, configurando-se em um direito protetivo”³¹. Já a liberdade de expressão, prevista no art. 5º, IV³², “é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos”³³.

É inegável o surgimento de um conjunto de direitos e liberdades

29 ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt – Op. Cit. p. 393.

30 LIMA, Paulo Ricardo Silva; FERREIRA, João Rodrigo Santos; SOUZA, Edivanio Duarte de. Direito ao esquecimento e desindexação da informação. *Logeion: Filosofia da Informação*, [S.L.], v. 7, n. 1, p. 28-48, 13 set. 2020. *Logeion Filosofia da Informação*. Disponível em <http://dx.doi.org/10.21728/logeion.2020v7n1.p28-48>. Acesso em 31 dez. 2020.

31 RIBEIRO, Diaulas Costa; SANTOS, Júlio Edstron S.; LOBO, Júlia Afonso – Op. Cit. p.745.

32 “art. 5º, IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato” in BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil in: *Vademecum: Acadêmico de direito*. 28.ed, São Paulo: Rideel. 2019. p. 20.

33 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet - Curso de direito constitucional. 13. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 389.

colidentes, todos constitucionalmente³⁴ assegurados, fundamentais e de alta carga valorativa³⁵. Eles se colocam em contraposição no que toca ao julgamento de casos relacionados ao direito de esquecer, de modo que só no caso concreto será possível averiguar qual pretensão jurídica merece guarida, uma vez que inexistente hierarquia entre os princípios³⁶. As questões constitucionais que envolvem o direito ao esquecimento não encontram solução pronta no sistema jurídico do Brasil, seja nas normas que se propõem a tratar do caso, seja nos princípios que regem o seu conteúdo. Elas demandam, como visto, uma interpretação dos aplicadores do direito. O STJ, inclusive, já enfrentou em algumas oportunidades essa temática, em dois casos paradigmáticos, como Aida Curi³⁷ e Chacina da Candelária³⁸.

Se por um lado, existe a proteção dos direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem, do outro há, também, necessidade de se resguardar o direito à liberdade de informação e de expressão. Assim, em havendo um aparente choque entre esses princípios, a solução a ser adotada – a fim de evitar superioridade de um sobre o outro – seria pela adoção da ponderação, ou seja, pelo sopesamento

34 CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. 13 reimp. Coimbra: Almedina. p. 396.

35 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli - A aplicação do direito ao esquecimento aos agentes delitivos: uma análise acerca da ponderação entre o direito à imagem e as liberdades de expressão e de informação. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3. 436-452p. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4904/3664>. Acesso em 19 nov. 2019.p. 446.

36 BARROSO, Luís Roberto - Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. E-ISSN: 2238-5177. Acesso em 22 nov. 2019. p.5.

37 Ver BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.335.153/RJ – Op. Cit.

38 Confira BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1.334.097/RJ – Op. Cit.

dos valores circundados ao caso concreto³⁹. Ingo Sarlet⁴⁰ anota que haveria uma “preferência prima facie”, na defesa das liberdades de expressão e de informação em face dos direitos da personalidade. Isso surge da doutrina das liberdades preferidas⁴¹ (preferred rights) da jurisprudência americana⁴². No entanto, o critério mais razoável na hipótese de colisão de direitos fundamentais, tal qual se mostra quando envolve o direito ao esquecimento, é o da ponderação⁴³, ou seja, quando houver dois ou mais princípios correspondentes, há de ser analisado, na hipótese, o que merece maior peso⁴⁴.

Acrescente-se a isso o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade que são utilizados, juntamente à ponderação, para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito, devendo, pois, o julgador no caso concreto fazer concessões mútuas entre os valores em conflito, respeitando no máximo cada um dos direitos envolvidos⁴⁵. Ademais, aliado a esses princípios, fatores como o tempo em que os fatos ocorreram, a historicidade, a possibilidade de a imprensa contar a história de forma fidedigna, bem como o interesse público tem que nortear o embasamento das decisões que envolvam o direito ao esquecimento⁴⁶.

39 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli – Op. Cit. p. 447.

40 SARLET, Ingo Wolfgang. Liberdade de expressão e o problema da regulação do discurso do ódio nas mídias sociais. REI-Revista Estudos Institucionais, v. 5, n. 3, p. 1207-1233, 2019. Disponível em <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/428/443>. Acesso em 24 dez. 2020. p.1215.

41 DA ROCHA, Maria Vital; CUNHA, Isaac Rodrigues; OLIVEIRA, Karin de Fátima Rodrigues – Op. Cit. p. 502.

42 CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; CARMONA, Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli – Op. Cit. p. 446.

43 BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 203.

44 ARAGÃO, João Carlos Medeiros de - Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242874>. p. 266. Acesso em 23 nov. 2019.

45 BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Op. Cit. p. 205.

46 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça - REsp 1.660.168-RJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=PRO-TE%7C%30+E+DADOS+E+MARCO+E+CIVIL+E+INTERNET&operador=mesmo&ti>

IV - Considerações Finais

O presente trabalho abordou os aspectos gerais da evolução do direito ao esquecimento, com o propósito de contextualizar o tema. Esse instituto traz em si uma concretização de direitos a partir da análise e aplicação ponderada de direitos fundamentais colidentes. O direito de esquecer é matéria de importante discussão perante a academia jurídica diante das controvérsias apresentadas, mas que tem encontrado constante avanço tanto na doutrina quanto na jurisprudência, a partir, notadamente, de alguns casos representativos⁴⁷, que ultrapassaram as fronteiras de seu julgamento.

A questão da colisão dos direitos fundamentais que norteiam grande número dos julgados, notadamente no Brasil, revela a necessidade de uma efetiva proteção desse direito, seja em atenção às garantias e direitos constitucionais, seja em respeito à liberdade de expressão e de informação. O que se busca evitar, no caso, são abusos aos direitos da personalidade, mas que, por outro lado, não sejam cessadas às liberdades garantidas aos meios de comunicação em geral, a fim de que nenhum ato de censura seja cometido.

Com isso, conclui-se que no Brasil há uma tendência de se analisar essas questões sob o prisma dos direitos fundamentais, evitando o referido conflito de interesses por meio da ausência de hierarquização dos princípios envolvidos e aplicando a técnica da ponderação e da razoabilidade. Não há como prevalecer um direito sobre o outro – direito à privacidade x liberdade de expressão – senão quando avaliados e analisados casualmente.

VI. Referências Bibliográficas

po_visualizacao=RESUMO&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em 28 nov. 2019.

47 Google Spain, Aida Curi, Chacina da Candelária.

ACIOLI, Bruno de Lima; JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt - Uma agenda para o direito ao esquecimento no Brasil. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 7, n. 3, Brasília, 2018. p. 394. Disponível em <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4867/3671>. Acesso em 24 dez. 2020.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de - Choque entre direitos fundamentais: consenso ou controvérsia?. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242874>.

BARROSO, Luís Roberto - Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. Revista de Direito administrativo. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123/45026>. E-ISSN: 2238-5177. Acesso em 22 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto - Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL, Código Civil, in: Vademecum: Acadêmico de direito. 28.ed. São Paulo. Rideel. 2019.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil in: Vademecum: Acadêmico de direito. 28.ed, São Paulo: Rideel. 2019.

_____, Lei n.º 13.709/18. Diário Oficial da União, Seção I. N.º 1 (16-07-2012), Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 24 dez. 2020.

_____, Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial nº 1.660.168-RJ. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/>

Exclusão Financeira: Seu impacto nos Direitos Fundamentais

Financial Exclusion: Its impact on Fundamental Rights

Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho¹

José Francisco Lumango²

Sumário: 1. Introdução. 2. O que é a exclusão financeira?.3. Reflexos da exclusão financeira nos Direitos Fundamentais. 4. Considerações finais.

Resumo: A Exclusão financeira constitui uma das manifestações da exclusão social que afeta direta ou indiretamente os direitos fundamentais dos cidadãos, a partir da destruição da sua dignidade humana por meio da precariedade social. O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, onde a exclusão financeira é uma das facetas mais visíveis e centrais das minorias. Esta situação afeta os direitos humanos e fundamentais das pessoas a todos os níveis. Neste sentido, o Estado Brasileiro tem o dever de adotar medidas de políticas públicas essenciais, para que o setor financeiro possa aplicar de forma adequada o processo de massificação da financeirização dos cidadãos de forma mais ampla e sem discriminação geográfica, social ou racial. Os programas desenvolvidos pelo Banco de Desenvolvimento do Nordeste, inspirado no Grammen Bank, podem ajudar na diminuição da exclusão financeira das populações mais carenciadas e servir de exemplo para todo país. Neste sentido, a omissão do Estado quanto a elaboração de políticas públicas que permitam garantir as condições mínimas de subsistências, através da inclusão financeira pode desencadear violações aos direitos fundamentais dos cidadãos na medida em que é sua tarefa velar por isso. Logo, as empresas do setor financeiro, no âmbito das suas políticas de solidariedade social e de crédito podem, de forma efetiva, contribuir na inclusão financeira através da educação e programas de microcréditos adaptados a franja da sociedade que mais

1 Doutoranda em Direito Financeiro e Económico Global pela Universidade de Lisboa. Email: vancerqueira_reis@gmail.com.

2 Doutorando em Direito Financeiro e Económico Global pela Universidade de Lisboa. Email: joselumango_consultorlegal@gmail.com.

precisam, para a melhoria a sua dignidade humana, valor essencial da institucionalização dos direitos fundamentais num Estado democrático e de Direito.

Palavras-chaves: Exclusão financeira, Direitos fundamentais, inclusão social.

Abstract: Financial exclusion is one of the manifestations of social exclusion that directly or indirectly affects the fundamental rights of citizens, starting from the destruction of their human dignity through social precariousness. Brazil is one of the most unequal countries in the world, where financial exclusion is one of the most visible and central facets of minorities. This situation affects the human rights and fundamentals of people at all levels. In this sense, the Brazilian State has a duty to adopt essential public policy measures, so that the financial sector can adequately apply the process of massifying the financialization of citizens more widely and without geo-geographical, social or racial discrimination. The programs developed by the Development Bank of the Northeast, inspired by the Grammen Bank, can help to reduce the financial exclusion of the most needy populations and serve as an example for the whole country. In this sense, the State's failure to elaborate public policies that guarantee minimum subsistence conditions, through financial inclusion, may trigger violations of citizens' fundamental rights insofar as it is their task to ensure that. Therefore, companies in the financial sector, within the scope of their social solidarity and credit policies, can effectively contribute to financial inclusion through education and microcredit programs adapted to the fringe of society that need it most, to improve their human dignity, an essential value of the institutionalization of fundamental rights in a democratic and rule of law.

Keywords: Financial exclusion, Fundamental rights, social inclusion.

1. Introdução

Muhammad Yunus considerava que “Dizer que os pobres não podem tomar empréstimos porque não têm colateral é o mesmo que dizer que o homem não pode voar porque não tem asas”. Neste sentido, saber se a exclusão financeira, pode ou não dar

lugar a violação de direitos humanos, e prejudicar alguns direitos fundamentais dos cidadãos é uma preocupação pertinente que perpassa também a problemática da inclusão financeira. Outra questão, é a cogitação, segundo a qual, se as instituições financeiras promovem a exclusão financeira, como forma de evitar, ainda que de forma reflexa, que os cidadãos de baixa renda tenham acesso aos direitos mínimos de subsistência, e com isso, melhorar a sua dignidade humana e autoafirmação social através do trabalho. Trata-se de uma questão que exige maior reflexão e pesquisa. Mas há unanimidade de que o financiamento deveria estar disponível para uma boa parte da sociedade que dela necessite, sem menosprezar os requisitos técnicos de acesso. A realidade tem mostrado que há cada vez mais pessoas excluídas no sistema financeiro internacional e especificamente no Brasil e, que, em certa medida, é uma situação que nos leva a questionar se não é usada (exclusão financeira) como instrumento de controle político e social, inibindo de forma automática a ascensão das minorias ou das maiorias minorizadas, como prefere Lilia Schwarcz (2020)³. Após a abolição da escravidão, a população negra que fora transformada em escravos no Brasil, foi abandonada e excluída de qualquer possibilidade de inclusão financeira, social e laboral. Não lhes faltava força de trabalho, mas faltava-lhes o acesso as fontes de financiamentos para a sua inclusão financeira, que hoje também é relegado aos menos favorecidos. A razão talvez tenha sido, pelo facto de, como se sabe, uma população financeiramente ativa tem maior capacidade de escolha política e consequentemente, de voto, nos regimes democráticos, o que nos leva a acreditar que aos pobres não podem ser vedado o acesso aos mecanismos de mercado e sim, deve-lhes ser proporcionado o acesso sustentável.⁴

3 Cfr. Entrevista no Roda Viva. 07.09.2020. Disponível: https://www.youtube.com/watch?v=eU_BxcEuXro.

4 Cfr. NERI, Marcelo Cortes. - Microcrédito, o Mistério Nordestino e o Grammen. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2008.p.6.Disponível:<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.htm?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/22015/Sumario-Executivo-Microcredito-o-Misterio-Nordestino-e-o-Grameen-Brasileiro.PDF?sequence=&isAllowed=y>.

Ledgerwood (2013)⁵, citado por Lana(2013,p.6)⁶ considera que “Mais da metade da população mundial em idade adulta vivia, em 2011, sem qualquer acesso a serviços financeiros. Trata-se de, aproximadamente, dois bilhões e meio de indivíduos alijados de serviços que podem ser considerados básicos para a condução das relações económicas modernas, como possuir uma conta bancária, cartões de débito ou conta poupança. Por viver nesta situação, estas pessoas encontram dificuldades adicionais em relação às demais, pois se deparam com barreiras difíceis de superar em situações corriqueiras, e muitas vezes imprescindíveis, para seu desenvolvimento social como, por exemplo, a aquisição da casa própria, a educação de seus filhos ou a realização de um treinamento profissional.” Através de crises cíclicas das instituições financeiras, que em muitos casos, deveu-se a concessão de créditos as pessoas que não tinham formas de garantir os pagamentos da dívida e dos juros bancários, foram vedadas aos pobres meios alternativos de financiamentos. Em razão da inexistência de garantias, a obtenção de crédito tornou-se uma dificuldade para as pessoas mais pobres ou de renda baixa. Tal fato, motivou a criação de sistemas de financiamentos a negócios de pouco rendimentos, transformados depois em Banco de Microcrédito, que teve sua origem de forma mais inovadora no Bangladesh, com o Professor Yunus Prêmio Nobel da Paz em 2006, através da criação do Grameen Bank, sendo levado ao setor financeiro o tema do microcrédito e de novas alternativas de garantias acessíveis aos menos favorecidos.

Existe no Brasil um programa realizado nos mesmos moldes, o programa CrediAmigo do Banco do Nordeste do Brasil (BNB), Grammen Bank brasileiro, que possui uma metodologia de acompanhamento e orientação voltada para facilitar a fuga

5 Cfr. LEDGERWOOD, Joanna. - The New Microfinance Handbook: A Financial Market System Perspective. Washington, DC: World Bank, 2013.

6 LANA, Tonyedson Pereira. - Exclusão financeira e sua relação com a pobreza e desigualdade de renda no Brasil. Tese de Doutorado. Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional Faculdade de Ciências Econômicas - UFMG 2013. Disponíveis: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/AMSA-9KHNS3/1/teseexclusofinanceiratonyedson.pdf>.

da pobreza, a qual inclui dispor de um conjunto de informações confiáveis relativas ao cliente, ao crédito, ao tipo de negócio e à sua localização. O programa se autofinancia e não recebe benefícios fiscais, já que o funding é de mercado, tendo uma gestão própria que produz balanços gerenciais específicos, devidamente verificados por auditoria externa. Todas as demais despesas administrativas são cobertas pelas receitas geradas através dos juros cobrados dos clientes. Não é um programa assistencialista e é tratado internamente como uma unidade de negócios, de acordo com Neri (2008, pp.81-82).⁷

No Grammen Bank brasileiro se utiliza de um *modus operandi* similar de aval solidário, chamado de colateral social. Nessa modalidade o empréstimo é concedido a um grupo de amigos empreendedores interessados em obter o crédito, que morem ou trabalhem próximos e que confiem uns nos outros, que assumem a responsabilidade conjunta no pagamento das prestações. Assim, todos solidariamente respondem pelo crédito, sendo cada empreendedor avalista do outro. Se um dos amigos empreendedores do grupo não puder pagar, todos respondem e podem ter seus nomes na lista do Serviço de Proteção ao Crédito (SPC) como inadimplentes (NERI, 2008,p.87).⁸ Para Neri (2008,p.13)“os resultados do programa de empréstimos do CrediAmigo em termos de redução de pobreza dos beneficiários são expressivos: apenas 1,5% dos não miseráveis cruzaram no sentido descendente a linha de pobreza, enquanto 60,8% daqueles que se situavam abaixo da linha de pobreza saíram

7 Cfr. NERI, Marcelo C. - Microcrédito, o Mistério Nordeste e o Grammen Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS.

8 Ibidem. p.87.

desta condição de miserabilidade.”⁹ Neri (2008,p.10) considera ainda que “uma sociedade sem crédito é uma sociedade de oportunidades limitadas, onde projetos lucrativos não saem do papel. A inanição do mercado de crédito produtivo popular no país deve-se à falta de busca de colaterais alternativos, à influência exercida pela legislação, ou da forma de operacionalização da lei, que ao tentar proteger, em excesso, o tomador, acaba por eliminar o interesse do prestador. No jogo dos mercados, assim como em outros aspectos da vida, quando um não quer dois não fazem.”¹⁰

Projetos, como estes, podem ser uma alternativa financeira para a subsistência ou crescimento econômico para saída da pobreza. Por isso, é preciso saber se a falta de efetivas políticas públicas dos Estados, para a redução da exclusão financeira, podem ou não constituir uma violação dos direitos fundamentais dos cidadãos de forma direta ou indireta. A situação da pobreza no mundo, principalmente, na África e na América Latina são ainda prementes, e, por sua vez, há uma presença ineficiente dos Estados no fornecimento de serviços financeiros básicos aos cidadãos. Políticas públicas de inclusão financeira podem retirar milhões de pessoas da pobreza, sem a necessidade única de recursos públicos limitados e voltados primordialmente para o assistencialismo.

2. O que é a exclusão financeira?

Se por um lado, Leyshon e Thrift (1995, p.312), “a noção de exclusão financeira, tinha nesta primeira abordagem, uma

9 O autor afirma ainda que: “Reportamos aqui os resultados a partir da linha de R\$ 117 reais regionalizados pelo custo de vida calculados a partir da linha da FGV, mas que são robustas para linhas de outras instituições como o Ipea, ou usando o salário mínimo como linha de corte. Podemos constatar um índice de sucesso em sair da condição de pobreza bastante alentador para o programa Crediamigo (60,8% para LP_FGV, 50% para LP_IPEA, e 48,1% para LP_SM). Observamos também que a proporção de clientes em situação reversa, ou seja, reduções de renda ao nível de pobreza foram muito pequenas, sugerindo uma alta eficácia líquida do programa em retirar as pessoas da condição de pobreza inicial na qual se encontravam.”

10 Ob.cit. p.10

preocupação específica quanto ao movimento de concentração de agências bancárias em determinadas regiões e a consequente limitação espacial imposta aos seus usuários ou potenciais clientes para a cessá-las. Assim, famílias que viviam em regiões pobres ou distantes dos grandes centros compunham, essencialmente, o primeiro conjunto identificado de indivíduos discriminados pelo sistema financeiro convencional”, por outro lado, a Comissão Europeia (2008,p.9) considera que “a exclusão financeira refere-se ao processo em que as pessoas encontram dificuldades para acessar e/ou utilizar produtos e serviços financeiros no mercado tradicional que sejam adequados às suas necessidades e que as permitam levar uma vida social normal na sociedade a qual estão inseridas”.¹¹ Todavia, como uma das formas de combater estas desigualdades no acesso aos serviços financeiros, a custos baixos, célere e próximo dos consumidores, surgiram as FinTechs, para preencher o vazio deixado pelas instituições financeiras convencionais na prestação de serviços financeiros as pessoas excluídas. Mas, à medida que o tempo passa as pequenas startups de Fintechs estão sendo capturadas pelas instituições financeiras de maior robustez financeira, o que não constituirá um risco para a inclusão financeira, caso adotem medidas que crie alternativas reais e eficientes para as classes com rendas mais baixas.

Ao problema da barreira física, juntaram-se questões igualmente pertinentes como, por exemplo, as novas formas de acesso e as implicações do uso inadequado de sofisticados produtos e serviços financeiros para a sociedade. Trazendo as discussões sobre desigualdades sociais, Leyshon e Thrift (1995), afirmam que “as relações sociais estariam tomadas de tal forma pelo processo de financeirização, que a participação de um indivíduo na sociedade a qual está inserido estaria intimamente relacionada ao nível de inclusão financeira que ela o proporciona, podendo por sua vez, chamar a colação ao conceito de “cidadania financeira”. Demirgüç-kunt et al. (2008,p.26), citado por Lana

11 European Commission (2008), cit. p. 9.

(2013,p.6), ressalta que o sistema financeiro é, tradicionalmente, bem municiado de informações, cujas bases estatísticas permitem análises complexas do sistema bancário e do mercado de capitais. Mas, por outro lado, pontua também que existiria um conhecimento muito menor sobre a forma de inclusão do sistema financeiro e sobre quem teria acesso a qual tipo de serviço. Já Anderloni et al. (2007,p.7)¹² propõem um conjunto de definições para a exclusão financeira que reflete, em grande medida, as distintas óticas (e consequentemente métricas) encontradas na literatura para avaliar o escopo da exclusão financeira. A mais restrita delas, em primeiro lugar, partiria do conceito da existência de um conjunto universal de produtos e serviços financeiros tidos como essenciais, pois: apesar de não ter um impacto no orçamento familiar, representariam, ao mesmo tempo, elementos essenciais para a vida de um indivíduo, sua subsistência, estabilidade e participação na vida econômica e social. Porém, Barr (2004)¹³ é de opinião que “se bancariza estes indivíduos (especialmente os de baixa renda) continuariam a enfrentar barreiras para conduzir sua vida financeira. Nesta abordagem, ainda que não se limite a ele, toma-se o “uso” de produtos e serviços financeiros como foco das discussões sobre o nível de exclusão.” Neste debate, Fernandes (2014, p.8)¹⁴ considera que o “conceito de exclusão social possui um conteúdo claramente pluri-dimensional, na medida em que compreende todas as situações involuntárias de impossibilidade ou incapacidade de as pessoas (indivíduos ou grupos) beneficiarem dos níveis de participação nos bens ou dos direitos sociais (educação, saúde, trabalho, etc.) que

12 Cfr. ANDERLONI, L.; BRAGA, M. D.; CARLUCCIO, E. M. (Eds.). - New frontiers in banking services: emerging needs and tailored products for untapped markets. Berlin, New York: Springer, 2007.

13 Cfr. BARR, M. S. Banking the Poor. Yale Journal on Regulation, v. 21, p. 121–237, 2004; BARR, M. S., Banking the Poor: Policies to Bring Low and Moderate-Income Households in the United States into the Financial Mainstream. In: ANDERLONI, L.; BRAGA, M. D.; CARLUCCIO, E. M. (Eds.) New frontiers in banking services: emerging needs and tailored products for untapped markets. Berlin, New York: Springer, 2007.

14 Cfr. FERNANDES, F. L. – A pobreza perante o direito. Universidade do Porto. Investigador do CIJE Maio de 2014. Disponível: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82568/2/102001.pdf>.

a maioria dos cidadãos usufrui. Tem, por isso, um conteúdo mais amplo do que a noção de pobreza - basicamente entendida como falta de recursos económicos, como se disse - abrangendo ainda a falta de oportunidades e de competências, a discriminação, a ausência de protecção social, o desemprego ou a precariedade no emprego.” E, concordamos com Fernandes (2014, p.14), na medida que afirma que “... a pobreza é uma questão social a que o direito não pode manter-se indiferente, mau grado o estudo da inclusão social não ser, de uma forma geral, uma preocupação relevante nos nossos cursos jurídicos universitários, tradicionalmente centrados, como se sabe, na figura ou no modelo do cidadão possidente.”¹⁵ Na decorrência da Pandemia, milhares de pessoas a nível global ficaram excluídos, ou sem capacidade de subsistência, o que deu margens a um possível aumento de casos de letalidade das vítimas da COVID19 por causa da fraca capacidade imunológica resultante da instabilidade nutricional, que, por sua vez, resultante da incapacidade financeira para prover as necessidades mais básicas de uma alimentação condigna.

Neste sentido, no Brasil, um dos países mais afetados pela pandemia e com maior desigualdade no mundo, de acordo aos dados da Fundação Getúlio Vargas (FGV/IBRE) à AFP, a ajuda emergencial ou, segundo o Governo Federal, o auxílio emergencial é um benefício financeiro concedido pelo Governo Federal destinado aos trabalhadores informais, microempreendedores individuais (MEI), autônomos e desempregados, e tem por objetivo

15 O autor continua: “O direito à dignidade da pessoa humana (no seu corolário, o princípio da igualdade social) e o direito à protecção em caso de diminuição (involuntária) de meios de subsistência constituem os princípios jurídicos fundamentais que obrigam a sociedade e, em particular, o Estado a adoptar medidas anti-pobreza que não se limitem a garantir um certo nível de assistência material, mas principalmente a proporcionar a integração dos pobres na sociedade com o estatuto de cidadãos de pleno direito. Porém, perante a insuficiência dos resultados alcançados, é de perguntar se não será de recorrer a outros meios de actuação, designadamente se, a nível da organização sócio jurídica, não deveria ser reconhecido aos pobres um direito de representação³⁶ e um direito à consulta que lhes permitissem participar na definição das políticas e da legislação sobre a inclusão social, retirando-se assim aos possidentes o monopólio das decisões sobre as suas vidas.”

fornecer proteção emergencial no período de enfrentamento à crise causada pela pandemia do Coronavírus - COVID19¹⁶, instituída - pelo Governo Federal - em decorrência da pandemia da COVID19 tirou da pobreza 12,8 milhões de brasileiros (pessoas que vivem com menos de 5,5 dólares por dia), e 8,8 milhões, da extrema pobreza (com menos de 1,90 dólar por dia).¹⁷ Estes dados são questionáveis, na medida em que não se sai da pobreza através de uma ajuda emergencial, circunstancial, com recessão econômica, desemprego, encerramento de empresas e o baixo grau da atividade comercial que se constata. É como se, a pobreza fosse eliminada através de mecanismos circunstanciais e em crise. A bom rigor, trata-se de uma minimização dos efeitos nocivos das pessoas com renda baixa, em tempo de pandemia e crise econômica. Isto não se significa que essas pessoas saíram da pobreza, mesmo que a interpretação dos dados estatísticos tenha sido feita ao contrário.

O beneficiário pode escolher, através de aplicativo, se receberá em instituição bancária, que já possua, ou se abrirá uma poupança na Caixa Econômica Federal - que é a entidade estatal responsável por gerir os recursos - é considerado um dos mais generosos programas de estímulo econômico, devido à pandemia da COVID19, beneficiou um terço dos 212 milhões de brasileiros com aportes iniciais de 600 reais, reduzido à metade em setembro.¹⁸ Portanto, mesmo que de forma assistencial, o programa promove uma forte inclusão financeira, contudo, com data prevista para acabar pois não é fundado na sustentabilidade econômica. Assim, podem e devem ser incrementadas outras formas alternativas para a solução da crise, como programas de incentivo a redução da exclusão financeira a exemplo do Grammen Bank. Inicialmente podemos ter o assistencialismo governamental com injeção de liquidez para subsistência, mas depois, o crédito tem um papel de

16 Disponível: <https://www.caixa.gov.br/auxilio/paginas/default2.aspx>.

17 Disponível: <https://cps.fgv.br/destaques/fgv-social-lanca-o-estudo-qual-foi-o-impacto-imediato-da-pandemia-do-covid-sobre-classes>.

18 Disponível: <https://www.istoedinheiro.com.br/sem-mais-subsidios-contrapandemia-brasileiros-se-aproximam-de-abismo-em-2021>.

suma importância para estímulo da produção efetiva e saída da pobreza, onde o recebido gera trabalho e riqueza.

3. Reflexos da exclusão financeira nos Direitos Fundamentais

A discussão dos direitos fundamentais em tempos de crise financeira leva-nos também sobre o tema da exclusão financeira que afeta sobretudo as pessoas mais frágeis do que a limitação de locomoção ou as restrições resultantes de estado de emergência, de calamidade ou de guerra ou de sitio. Ao abrigo do artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos que consagra que “todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”, uma norma consagrada pelos Estados democráticos e de Direito como garantias constitucionais. Por isso, que Alexandre de Moraes (1998), sobre os direitos humanos, considerava “os direitos humanos fundamentais, portanto, colocam-se como uma das previsões absolutamente necessárias a todas as Constituições, no sentido de consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana.”¹⁹ Já Celso Lafer (1988) ao afirmar que “o valor da pessoa humana enquanto conquista histórico-axiológica encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”, pensamos que todo tipo de exclusão financeira põe em causa a dignidade da pessoa humana, e com isto deteriora os direitos humanos e fundamentais.

Segundo Queralt (2016, pp.72-92) “... o acesso universal a serviços financeiros básicos pode ser defendido como um direito humano. Sua contribuição é dupla. Por um lado, define o conteúdo deste direito, que chamarei de direito humano à inclusão financeira.

19 Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-101/a-exclusao-social-uma-afronta-aos-direitos-humanos>.

Por outro lado, baseia-se em duas justificativas padrão de direitos humanos para defender esse direito. Primeiro, oferece um argumento baseado em interesses enfatizando o valor desse direito de realizar a autonomia individual. Em segundo lugar, elabora um argumento de dupla ligação com base na relação de apoio entre o direito proposto e dois outros direitos humanos bem estabelecidos, a saber, o direito a um nível de vida adequado e o direito ao desenvolvimento.”²⁰ Por isso, Lana (2013) considera que “apesar de contar com um sistema financeiro reconhecidamente desenvolvido, o Brasil possuía ainda um contingente elevado de indivíduos mantidos à margem do sistema financeiro local. Apesar de acreditar que os indivíduos mais pobres, como demonstrado em diversos trabalhos, seriam os mais atingidos por esse cenário, admitia-se a possibilidade de que a exclusão financeira seria um elemento adicional dentre as várias questões que permeiam a multidimensionalidade da pobreza e da desigualdade de renda no Brasil.”²¹ O que se propõe no momento é exatamente a possibilidade em transformar a crise em oportunidade de inclusão financeira, mesmo que, inicialmente, tenha sido realizada de forma assistencialista para prover necessidades básicas (Auxílio emergencial).

A dificuldade da inclusão, de acordo com Hernan de Soto, citado por Neri (2008, p.46), “é que o problema do pobre não é só a pouca quantidade, mas também a baixa qualidade do capital. A alta informalidade da propriedade implica redução do valor de mercado dos ativos dos pobres, que seria uma espécie de capital morto na acepção de Soto. Um barraco de favela, por exemplo, cujo dono não dispõe de plena posse legal, acaba valendo menos do que se estivesse todo regularizado, em face da dificuldade de revenda. O corolário é a possibilidade de

20 Cfr. QUERALT, Jahel. - A Human Right to Financial Inclusion” in Ethical Issues in Poverty Alleviation, 2016.

21 O autor afirma que “Com isso, esperava-se que, ainda que fortemente relacionada, a renda não fosse a única variável a explicar o porquê da baixa integração e acesso dos domicílios brasileiros a produtos e serviços financeiros básicos.”

ressuscitar o capital dos pobres”.²² Por isso, Vieira (2007, p.28) assegura que “a desigualdade profunda e persistente corta os laços sociais, causando invisibilidade, demonização e imunidade e prejudicando o respeito aos parâmetros do Estado de Direito não deve significar que a ideia do Estado de Direito seja inútil nesses meios sociais. Em regimes democráticos, como o Brasil e muitos outros países em desenvolvimento, as constituições tendem a ser reativas a um passado de autoritarismo e de grandes injustiças sociais, na busca de legitimação (para obter cooperação)”. Vieira (2007,p.28) afirma que os “sistemas jurídicos modernos são constituídos por privilégios aos mais poderosos, mas também são construídos através de regras e procedimentos justos que buscam obter legitimidade e cooperação. Dessa maneira, a questão para aqueles agentes sociais e institucionais preocupados com a desigualdade a partir de uma perspectiva do Estado de Direito é como mobilizar a “moralidade inerente ao Direito”, conforme posto por Fuller, para reduzir a invisibilidade, a demonização e a imunidade. Na mesma direção, a generalidade da lei, a transparência ou a congruência reivindicada pela ideia de Estado de Direito pode pôr os privilegiados em uma armadilha, fazendo com que eles retornem ao domínio do Direito.” Rawls, citado por Paz Ferreira (2019,p.121), é de opinião de que “uma sociedade só é justa, primeiro, quando todas as pessoas disponham dos mesmos direitos e liberdades, e segundo, é que qualquer tratamento econômico desfavorável só seja aceito se beneficiar os mais desfavorecidos.” Entretanto, a

22 O autor continua: “No caso do Brasil, o valor da propriedade fundiária é ferido pela falta de reconhecimento da posse legal dos ativos e pela impossibilidade de oferecer a casa própria, mesmo que legalmente reconhecida como garantia de empréstimos. O problema dos pobres é a ausência do Estado, não apenas em ações de saúde, educação e segurança como também no reconhecimento de direitos de propriedade. A falta de aval do poder público dificulta transações de garantias creditícias, reduzindo a mobilidade e a capacidade de reprodução do capital dos pobres. Segundo De Soto, o valor total dos imóveis de posse extralegal dos pobres no Terceiro Mundo e nas nações do extinto bloco comunista é de pelo menos US\$ 9,3 trilhões, o que é 93 vezes mais do que todo o auxílio para o desenvolvimento concedido por todos os países desenvolvidos ao Terceiro Mundo no mesmo período. A legalização desses ativos e sua transformação em capitais passíveis de serem usados como colaterais, contrapartidas, ou alugados teriam um grande efeito sobre a economia de seus países.”

observação de Ledgerwood e Gibson (2013, p.17) ao considerar que a “inclusão financeira é um conceito multidimensional e pró-cliente, englobando maior acesso, melhores produtos e serviços, consumidores mais informados e equipados e uso eficaz de produtos e serviços. Colocar este conceito em prática requer mais do que expansão institucional e crescimento do portfólio Equilibrando os interesses dos clientes e a viabilidade dos fornecedores, a inclusão financeira incorpora políticas eficazes, legislação, padrões de proteção da indústria e do consumidor e capacidade financeira”, é uma constatação que deve ser tida em conta, sempre que se quer debater e observar os efeitos nocivos que a exclusão financeira tem nos direitos fundamentais dos cidadãos. Por isso, partilhamos a ideia de que através da inclusão financeira podemos reverter os efeitos diretos e colaterais da exclusão financeira, e preservar a dignidade humana das pessoas mais desfavorecidas ou prejudicada pelo sistema financeiro exclusivistas.

4. Considerações finais

Crucial no presente momento de crise global de desenvolvimento de outras formas de financiamento que venham a substituir os auxílios emergenciais criados pelos Governos, que aumentaram em sobremaneira a dívida pública dos Estados Brasileiros. Uma das melhores e mais inclusivas formas de incentivar a produção, mais do que o consumo, é a redução da exclusão financeira, a fim de dar a plena efetividade ao artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o acesso aos direitos econômicos que são, no momento, indispensáveis ao crescimento dos povos e saída da linha pobreza. Por isso, ainda que seja prematuro concluir que a exclusão financeira possa violar os direitos fundamentais dos cidadãos, no verdadeiro sentido do termo, é possível afirmar que a criação de sistemas burocráticos, com o propósito de excluir parte da sociedade no acesso aos serviços financeiros podem violar

os direitos fundamentais dos cidadãos, direta ou indiretamente. Todavia, tal afirmação demandaria pesquisas e confirmações empíricas de dados estatísticos rigorosos. Porém, as políticas que permitem a implementação e manutenção da proteção no âmbito dos Direitos Humanos, como um fator para combater a exclusão financeira e para promover a isonomia e a dignidade da pessoa humana são indispensáveis nos dias de hoje. A proteção dos direitos humanos e a consagração do Princípio da dignidade da pessoa humana, nos termos da Constituição Federal Brasileira, são fundamentais e estruturantes, por contribuir decisivamente para a concretização da justiça social, a partir do pressuposto da eliminação de qualquer tipo de discriminação social, que passe também e através da exclusão financeira, realidade que ajuda emergencial, no período da pandemia, expressou de forma evidente, mesmo que tenha sido de forma temporária e extraordinária. Entretanto, o objetivo é que este processo, o da concretização da justiça social através a inclusão financeira e a eliminação de qualquer discriminação através da exclusão financeira, seja estável, contínuo e não circunstancial. É preciso que se garanta que a Constituição Financeira do Brasil de 1988 não se reduza a mera formalidade das normas bem intencionadas. É preciso que se tenha coragem para garantir a sua materialização com propósitos explícitos de diminuir a exclusão financeira e, ininterruptamente, proteger os direitos fundamentais dos cidadãos de uma república que se pretenda civilizada, democrática, solidária, inclusiva e avançada.

Referências bibliográficas

ANDERLONI, Luisa, BRAGA, Maria Debora, CARLUCCIO, Emanuele Maria (Eds.) – New frontiers in banking services: emerging needs and tailored products for untapped markets. Berlin, New York: Springer, 2007.

BARR, Michael. S. - Banking the Poor. Yale Journal on Regulation.

p. 121-237. 2004.

BARR, Michael. S. - Banking the Poor: Policies to Bring Low and Moderate-Income Households in the United States into the Financial Mainstream. In: ANDERLONI, Luísa; BRAGA, Maria Debora.; CARLUCCIO, Emanuele Maria (Eds.) - New frontiers in banking services: emerging needs and tailored products for untapped markets. Berlin, New York: Springer, 2007.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli.; LEVINE, Ross. - Finance and Inequality: Theory and Evidence. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2004.

DOROTEU, Leandro Rodrigues Doroteu. - A exclusão social, uma afronta aos Direitos Humanos. Artigo online. 2012. Disponível: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-101/a-ex-clusao-social-uma-afronta-aos-direitos-humanos>.

FERNANDES, Francisco Liberal. - A pobreza perante o direito. Faculdade de Direito da Universidade do Porto; Investigador do CIJE, 2014. Disponível: <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/82568/2/102001.pdf>. Acesso:10.12.2020.

LAFER, Celso. - A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LANA, Tonyedson P. e., - Exclusão financeira e sua relação com a pobreza e desigualdade de renda no Brasil. Belo Horizonte. UFMG, 2013. Disponível: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/amsa-9khns3/1/teseexclusofinanceiratonyedson.pdf>. Acesso:19.12.2020.

LEDGERWOOD, Joanna. - The New Microfinance Handbook: A Financial Market System Perspective. Washington, DC: World Bank, 2013.

LEDGERWOOD, Joana; GIBSON, Alan. - Theenvolving financial landscape. In: LEDGER WOOD, Joanna. The New Microfinance Handbook: A Financial Market System Perspective. Washington, DC: World Bank, 2013.

LEYSHON, Andrew.; THRIFT, Nigel. - Geographies of financial exclusion: financial abandonment in Britain and the United States. Transactions of the Institute of British Geographers, 1995.

MORAES, Alexandre de. - Direitos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 1ª ed. São Paulo, 1998.

NERI, Marcelo Côrtes. - Microcrédito, o Mistério Nordestino e o Grammen Brasileiro. Rio de Janeiro: FGV/IBRE, CPS, 2008. Disponível: [http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mira ge2/pages/pdfs/web/viewer.html](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mira%20ge2/pages/pdfs/web/viewer.html). Acesso:03.01.2021.

PAZ FERREIRA, Eduardo. - Valores e Interesses, Desenvolvimento Económico e Políticas Comunitárias de cooperação. Almedina Editora: Lisboa, 2004.

QUERALT, Jahel. - A Human Right to Financial Inclusion. In Ethical Issues in Poverty Alleviation, Springer International Publishing, September 2016. Editors: GAISBAUER, Helmut P., SCHWEIGER, Gottfried, SEDMAK, Clemens. Vol. 14, 2016.

VIEIRA, Oscar Vilhena. - A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. São Paulo. 2007. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sciarttext&pid=S1806-64452007000100003&lng=pt&nrm=iso>. Acessos: 17.11.2020.

O direito à cidade (inteligente): a governança participativa como condição de possibilidade para efetivação dos direitos humanos

The right to the city (intelligent): participative governance as a condition of possibility for effectiveness of human rights

Wilson Engelmann ¹

Camilo Stangherlim Ferraresi ²

Resumo: O artigo se refere ao contexto da resignificação do Direito à Cidade (Inteligente) e a governança participativa como desdobramento do seu conteúdo democrático. A partir dessa perspectiva, se coloca a governança participativa como condição de possibilidade para efetivação dos Direitos Humanos. Nesse cenário, o problema que o artigo pretende responder é: a emergência da governança participativa a partir do conteúdo democrático do Direito à Cidade Inteligente é condição de possibilidade para eficácia social dos Direitos Humanos? A matriz teórica da pesquisa terá como teoria de base o constitucionalismo social de Gunther Teubner e o Direito à Cidade de Henri Lefebvre. Como resultado da pesquisa se observou: o Direito à Cidade de Lefebvre e o

¹ Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad, da Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha; graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Professor, Pesquisador e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pesquisador associado do: Latin American Nanotechnology & Society Network; Portucalense Institute for Legal Research e do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade. E-mail: wengelmann@unisinos.br

² Doutor em Direito Público, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo - RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru - SP). Especialista em Gestão e Formação de Educadores em Turismo pela Universidade do Sagrado Coração (Bauru - SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru - SP (ITE). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB), São Paulo. E-mail: camilostangherlimferraresi@gmail.com

constitucionalismo social proposto por Teubner, são condições de possibilidade para garantir a eficácia dos Direitos Humanos a partir da governança participativa, que se coloca como processo de tomada de decisão para concretização do conteúdo democrático do Direito à Cidade Inteligente, mas também, como instrumento eficaz de efetividade dos Direitos Humanos a partir do direito à obra (Lefebvre).

Palavras-chave: Direito à cidade. Cidades inteligentes. Direitos Humanos. Governança participativa.

Abstract: The article refers to the context of the redefinition of the Right to the City (Intelligent) and participatory governance as an unfolding of its democratic content. From this perspective, participatory governance is placed as a condition of possibility for the realization of Human Rights. In this scenario, the problem that the article intends to answer is: is the emergence of participatory governance based on the democratic content of the Right to the Smart City a condition of possibility for the social effectiveness of Human Rights? The theoretical framework of the research will be based on Gunther Teubner's social constitutionalism and Henri Lefebvre's Right to the City. As a result of the research it was observed: the Right to the City of Lefebvre and the social constitutionalism proposed by Teubner, are conditions of possibility to guarantee the effectiveness of Human Rights based on participatory governance, which is placed as a decision-making process for the realization of the democratic content of the Right to the Smart City, but also as an effective instrument for the effectiveness of Human Rights based on the right to work (Lefebvre).

Keywords: Right to the City. Smart city. Human Rights. Participatory governance.

1 - Introdução

Atualmente a complexidade das relações sociais, as mudanças climáticas e a velocidade da inovação tecnológica, permitem a abertura de possibilidades que originam (novos) cenários que demandam a ressignificação do Sistema do Direito para atender adequadamente às necessidades para melhoria na qualidade

de vida humana. As novas tecnologias e o acelerado processo de evolução científica da Sociedade Contemporânea “ocorrida, principalmente, após a industrialização, desencadeou a ampliação da capacidade de intervenção do homem sobre a natureza, havendo, em quase todos desastres denominados naturais, algum fator antropogênico” (CARVALHO, 2020).

Para o enfrentamento de crises globais é necessário a adoção de um novo paradigma de gestão, com olhar para o futuro de forma a ser capaz de “descobrir sua própria identidade e dispor de competência para inventar e construir suas respostas para as dificuldades enfrentadas, por exemplo, em caso de calamidades ou desastres naturais.” (GUIMARÃES, 2020, p. 198). Nesse contexto, se insere a emergência da governança participativa a partir da ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente), como condição de possibilidade para efetivação dos Direitos Humanos.

A ressignificação do Direito à Cidade tem como fundamento a necessidade de ampliação da cidadania por meio de uma governança participativa que possibilita(rá) a construção de decisões de forma coletiva pelos seus habitantes de forma a possibilitar a máxima efetivação dos Direitos Humanos, ou seja, uma nova perspectiva em relação à eficácia social.

Diante desse cenário de mudanças e busca por respostas adequadas às transformações que a sociedade enfrentará nos próximos anos, o texto faz uma análise das transformações do Direito, para encontrar respostas adequadas que assegurem a eficácia social dos Direitos Humanos. Esse é o objetivo geral do artigo. Os objetivos específicos são: a) identificar a emergência da governança participativa a partir da ressignificação do Direito à Cidade Inteligente; b) analisar a governança participativa como condição de possibilidade de eficácia social dos Direitos Humanos.

O problema que o artigo pretende enfrentar pode ser assim delineado: a emergência da governança participativa a partir do conteúdo democrático do Direito à Cidade Inteligente é condição de

possibilidade para eficácia social dos Direitos Humanos? A matriz teórica da pesquisa terá como teoria de base o constitucionalismo social de Gunther Teubner e o Direito à Cidade de Henri Lefebvre.

2 – Ressignificação do Direito à Cidade (Inteligente)

As cidades são produto da construção e inteligência humana em busca de uma vida melhor e, por essa razão, esse espaço de existência é o local para experimentação das possibilidades ou melhor, das vidas possíveis, a partir da subjetividade de homens e mulheres que participam ativamente da construção de um mundo de convivência digna.

Diante disso, o cenário de desenvolvimento humano do futuro se dará nos espaços urbanos e, por essa razão, há especial interesse no planejamento, organização e regulação das cidades para (re)construção de espaços em que a vida humana se realiza(rá) constantemente, em uma sociedade complexa, de transformações rápidas, que demandam soluções adequadas para os mais diversos desafios, que perpassa necessariamente por todas as espécies da categoria Direitos Humanos.

Nesse contexto de (re)nascimento da importância das cidades tanto em relação ao espaço público enquanto locus adequado para a tomada de decisões para crises globais, quanto como o local de desenvolvimento da vida humana, se coloca o Direito à Cidade (Inteligente).

O Direito à Cidade, segundo Lefebvre, se manifesta “como forma superior dos direitos: direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar. O direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade”. (LEFEBVRE, 2016, p. 134). Nessa perspectiva, o Direito à Cidade é o “direito à vida urbana renovada e de qualidade – com todo conjunto de implicações a este associado, destacando-se o direito de

participação na construção da cidade, no sentido de apropriação do espaço urbano pelos cidadãos. (FERREIRA, 2020, p. 229). Lefebvre (2014, p. 139) destaca que o Direito à cidade é o direito “à vida urbana, à centralidade renovada, aos locais de encontro e de trocas, aos ritmos de vida e empregos do tempo que permitem o uso pleno e inteiro desses momentos e locais etc.”. Harvey (2014), ao analisar o Direito à Cidade em Henry Lefebvre, explica que o seu surgimento foi uma queixa e uma exigência, ou seja, “a queixa era uma resposta à dor existencial de uma crise devastadora da vida cotidiana na sociedade”. (HARVEY, 2014, p. 11).

O processo de reconhecimento jurídico do Direito à Cidade tem como característica direta a participação dos movimentos sociais, ou seja, é necessário “salientar que todo este novo paradigma legislativo de redefinição do processo social de produção do espaço urbano é fruto de mobilização social e lutas que se iniciaram nos anos 60 [...]”. (FERREIRA, 2020, p. 239). A participação popular foi fundamental para a juridicização do direito à cidade e é possível identificar os elementos caracterizadores destacados por Lefebvre (2016, p. 134), “direito à liberdade, à individualização na socialização, ao habitat e ao habitar; bem como, o direito à obra (à atividade participante) e o direito à apropriação (bem distinto do direito à propriedade) estão implicados no direito à cidade”.

No plano internacional, desde a década de 1950, instituições internacionais multilaterais começaram a formular políticas públicas de desenvolvimento urbano mundial diante da urbanização desigual nos países em desenvolvimento (SANTOS, 2017), conforme explica Manquian (2019, p. 25) a realização de Conferências da ONU:

A questão urbana vem sendo acompanhada, assim, desde esta época, por parte de várias instituições internacionais. O órgão principal que acompanha este tema é a Conferência da ONU Habitat. A primeira foi realizada em 1976 em Vancouver (Canadá), a Habitat II em 1996 em Istambul (Turquia) e a Habitat III em 2016 em Quito (Equador). Nessa última foi lançada a Nova Agenda Urbana (Habitat III), que estabelece uma série de medidas e objetivos de cumprimento não obrigatório por parte dos Estados membros (Habitat III, 2018).

Como se pode observar da citação acima, a primeira conferência realizada pela ONU foi em 1976, com a finalidade de pactuar uma agenda urbana a ser observada pelos países membro pelo ciclo de duas décadas. A primeira conferência realizada foi a HABITAT I, em Vancouver, em 1976 e na sequência “a HABITAT II aconteceu em Istambul, na Turquia, em 1996 e, finalmente, a HABITAT III - Conferência das Nações Unidas sobre habitação e desenvolvimento sustentável, ocorreu em Quito, no Equador, em outubro de 2016”. (ALFONSIN et al., 2017, p. 1215). As Conferências tiveram como destaque o reconhecimento da urbanização como uma questão global e coletiva.

Por seu turno, no contexto brasileiro, a Constituição de 1988 foi a primeira a tratar do tema política urbana e reconhecer as funções sociais da cidade, ou seja, o “Brasil foi o primeiro país do mundo a positivar o direito à cidade e o fez na esteira da efervescência do movimento constituinte ocorrido entre 1986 e 1988”. (ALFONSIN, 2019, p. 219). A incorporação da política urbana e do direito à cidade pelo constituinte de 1988 decorreu da participação efetiva de movimentos sociais, especificamente o Movimento Nacional da Reforma Urbana, que apresentou emenda de iniciativa popular, com reivindicações sobre moradia, transporte, saneamento urbano, que “apesar de ter passado longe de sua incorporação integral, deu azo à criação do capítulo específico sobre a reforma urbana, pela primeira vez na história constitucional brasileira.” (GUIMARÃES; ARAUJO, 2018, p. 1792).

A participação da sociedade civil no reconhecimento jurídico do direito à cidade demonstra a emergência de novos atores nos processos de construção de decisões jurídicas além do Estado e que demonstram a necessidade de ampliação da cidadania. O modelo de “gestão do espaço urbano precisava ir além do Estado e do capitalismo, reconhecendo o protagonismo das pessoas que gerem decisões coletivas (na contraposição entre a cidade habitada e a cidade como propriedade)” (FERREIRA, 2020, p. 230),

haja vista que essas decisões coletivas tem desdobramentos na vida, individual e coletiva, dos homens e mulheres que (con)vivem no espaço urbano e, por essa razão, “não se admite deixar as decisões a agentes do Estado e é preciso participar da tomada de decisão e do autogerenciamento do espaço urbano”. (FERREIRA, 2020, p. 230).

Agora, com o surgimento de novos direitos, novas tecnologias e a emergência das transformações sócio-ambientais, a ressignificação do Direito à Cidade orientado pelos Direitos Humanos a partir das Smart Cities coloca o Direito à Cidade Inteligente como condição de possibilidade de (re)organização dos espaços urbanos para garantir a qualidade de vida no contexto da sociedade hipercomplexa, na qual as “transformações da sociedade atual são maiores do que se pode prever, e ainda mais profundas e rápidas do que em qualquer outro momento”. (HOHENDORFF; ENGELMANN; 2020, p. 456).

Nesse cenário, a tecnologia é um aliado para (re)construção de espaços urbanos inteligentes e se faz necessário a ressignificação do direito à cidade a partir dos Direitos Humanos e as Smart Cities como condição para o desenvolvimento sustentável, que está diretamente ligado à urbanização, mobilidade, gestão de resíduos sólidos e saneamento, planejamento urbano, aumento de resiliência, inclusão social e promoção dos direitos humanos.

Nesse processo de ressignificação do direito à cidade a partir do modelo de Smart City, os direitos humanos são indispensáveis para a atribuição de sentido de forma a atender às necessidades sociais e o equilíbrio desses reclamos com os interesses econômicos que envolvem os movimentos de urbanização e transformação das cidades, bem como, ao objetivo 11 (ODS) da agenda 2030 da ONU. Para construção do sentido e significado do Direito Humano à Cidade Inteligente, necessário o diálogo entre fontes jurídicas que perpassam pelos Objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável que “buscan realizar los

derechos humanos de todos y lograr la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y de las niñas”. (NACIONES UNIDAS, 2019). O direito à cidade:

[...] significa garantizar ciudades y asentamientos humanos (i) libres de discriminación; (ii) con igualdad de género; (iii) que integren las minorías y la diversidad racial, sexual y cultural, (iv) con ciudadanía inclusiva; (v) con una mayor participación política, (vi) que cumplan sus funciones sociales, incluso reconociendo y apoyando los procesos de producción social y la reconstrucción del hábitat; (vii) con economías diversas e inclusivas; e (viii) con vínculos urbano-rurales inclusivos. (NACIONES UNIDAS, 2019).

O Direito à Cidade, enquanto direito humano, dialoga necessariamente com todos os Direitos Humanos internacionalmente reconhecidos, concebidos integralmente, e inclui, portanto, todos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais, que já estão regulamentados nos tratados internacionais de direitos humanos, e, por essa razão, é importante a sua significação para atender os reclamos da comunidade a partir da ODS 11.

3 – Governança Participativa e efetivação dos direitos humanos

A ressignificação do Direito à Cidade tem como fundamento a necessidade de ampliação da cidadania por meio de uma governança participativa que possibilita(rá) a construção de decisões de forma coletiva pelos seus habitantes, como uma nova perspectiva em relação à eficácia social dos Direitos Humanos. A incorporação do conteúdo democrático ao Direito à Cidade Inteligente é a atribuição de sentido jurídico a esse Direito Humano da cidadania ampliada e da inclusão social, que se exterioriza a partir da Governança Participativa, ou seja, com maior participação política na definição, execução, monitoramento e orçamento das políticas urbanas e planejamento territorial, a fim de reforçar a transparência, a eficiência e a inclusão da diversidade de habitantes e suas respectivas coletividades sociais.

Nesse cenário, Teubner destaca a nova questão constitucional, um constitucionalismo para além do Estado Nacional, que quer dizer: “os problemas constitucionais se situam fora das fronteiras do Estado Nacional, em processos políticos transnacionais; e, simultaneamente, fora do setor político institucionalizado, nos ‘setores privados’ da sociedade mundial”. (TEUBNER, 2016, p. 24). As violações de Direitos Humanos por multinacionais, os escândalos públicos, decisões controversas no âmbito das Organizações Internacionais, entre outras situações, convergiram para o agravamento da crise do constitucionalismo moderno, a necessidade de um constitucionalismo transnacional e a constituição de uma sociedade mundial (TEUBNER, 2016).

O modelo de governança que se projeta a partir da ressignificação do Direito à Cidade Inteligente deverá contemplar políticas urbanas inclusivas, implementáveis e participativas, para potencializar o desenvolvimento urbano e territorial sustentável como parte das estratégias e planos integrados de desenvolvimento, com o apoio, quando aplicável, de estruturas regulatórias e institucionais nacionais, subnacionais e locais, assegurando que estejam devidamente interligadas a mecanismos de financiamento transparentes e responsáveis. (ONU, 2019, p. 23, item 86); deverá promover, também, uma maior coordenação e cooperação entre os governos nacionais, subnacionais e locais, em particular por meio de mecanismos de consulta multinível e da definição clara das respectivas competências, ferramentas e recursos de cada nível de governo. (ONU, 2019, p. 23, item 87).

A partir da governança participativa e da ampliação dos atores responsáveis pela efetivação dos Direitos Humanos, bem como, com a participação efetiva de todos esses (novos) atores, públicos e privados, que se consolida(rá) um processo fundamental de tomada de decisões sobre questões globais, no contexto das cidades, para garantir a eficácia social a esses direitos. A governança participativa é o fio condutor para a eficácia social dos Direitos Humanos.

Teubner (2016, p. 26) destaca que a “globalização e a privatização são responsabilizadas pela crise do Estado Nacional, bem como se constata um enfraquecimento das instituições constitucionais nacionais”. A nova realidade normativa, a partir da crise do Estado, exige do Direito a (re)invenção de estruturas normativas a aptas a assegurar a eficácia social dos Direitos Humanos a partir da complexidade da sociedade pós-moderna e os reflexos na vida urbana, tendo em vista que na esfera transnacional “demonstra-se extremamente difícil se referir aos modelos de resolução do direito constitucional do Estado Nacional”. (TEUBNER, 2016, p. 274).

A governança inteligente e participativa que emerge a partir da ressignificação do Direito Humano à Cidade Inteligente é a questão chave para eficácia social desse Direito Humano, haja vista que é condição de possibilidade para a participação de todos e todas na formulação das políticas urbanas no cenário da sociedade complexa inserida em um contexto de fragmentação global, novas tecnologias e mudanças climáticas. A utilização de tecnologias de informação e comunicação na gestão urbana terá como finalidade o desenvolvimento econômico e social de forma a assegurar qualidade de vida humana e de melhores condições de coexistência no espaço urbano e, com a utilização desses elementos como ferramentas, estimular o desenho de uma governança efetiva que inclui o planejamento colaborativo e a participação cidadã.

A governança é um processo de tomada de decisão complexa em que participam vários atores e essa “governanza moderna” significa “una forma de gobernar más cooperativa, diferente del antiguo modelo jerárquico, en el que las autoridades estatales ejercían un poder soberano sobre los grupos y ciudadanos que constituían la sociedad civil. (MAYNTZ, 2001, p. 1). A participação de cidadãos, da sociedade civil organizada, das empresas e do Poder Público, resgata a compreensão de interesse público da cidade antiga grega e (re)publiciza interesses aparentemente

privados, possibilitando a realização de processos de tomada de decisão democráticos no seio das cidades.

Para tanto, mais do que nunca, a união de esforços entre os setores públicos, privados e Sociedade civil organizada é imprescindível, a fim de que os avanços obtidos até o momento não se percam, devendo ser atentado para o fato de que a governança é um importante instrumento na promoção e concretização do desenvolvimento urbano sustentável, não devendo as questões eleitorais, principalmente em anos de eleições, serem responsáveis por descontinuar programas criados a partir de experiências com resultados comprovados. (SOUZA; ALBINO, 2020, p. 441).

A governança participativa além de condição de possibilidade para implementação da participação popular na tomada de decisão das questões da cidade, também tem o condão de contribuir para eficácia social do Direito à Cidade Inteligente, uma vez que a possibilita(rá) os reclamos pelo compromisso com os Direitos Humanos em caso de violação e será o conteúdo democrático na formulação do planejamento urbano.

4 - Conclusão

A governança participativa é materialização do direito à obra descrito por Lefebvre, ou seja, da participação dos habitantes das cidades no processo de tomada de decisões na formulação de proposições e enfrentamento de crises a partir das cidades. A governança participativa tem como fonte jurídica a ressignificação do Direito à Cidade Inteligente e é um processo de tomada de decisão na gestão urbana, mas não só, é também importante instrumento para efetivação dos Direitos Humanos.

Isto porque o fortalecimento e a ampliação da cidadania no contexto local, impulsionado pelas novas tecnologias (inclusão digital) que tem potencial para materialização da democracia substancial é o caminho por meio da governança moderna

participativa para a (re)construção dos espaços urbanos inteligentes de modo a atender ao(s) modelo(s) de cidade(s) do futuro que busquem boa qualidade de vida alinhada ao desenvolvimento sustentável, bem como, na realização dos Direitos Humanos.

É necessário ressaltar que a ampliação da cidadania perpassa necessariamente pela inclusão tecnológica, de forma que os habitantes da cidade participem ativamente na identificação ou intervenção ativa nos desafios urbanos. “The co-creation of strategies to tackle urban challenges is crucial for their success and it can rely on both established or new and experimental participatory methods”. (EUROPEAN UNION, 2019, p. 112). As novas tecnologias podem melhorar significativamente a participação dos cidadãos:

El siguiente factor que incide en el éxito de este nuevo macro sistema de gestión de la ciudad es el conjunto de agentes involucrados en su desarrollo, núcleo central de la gobernanza Smart. Éste se compone de los agentes políticos, es decir los exponentes de partidos políticos y de instituciones públicas; los agentes sociales, expertos y profesionales de la sociedad civil; los agentes económicos, como las empresas que van desde las totalmente privadas a aquellas con participación pública; los agentes del conocimiento, como los centros de investigación y universidades; y finalmente, los ciudadanos, que acogen las iniciativas Smart y generan nuevas dinámicas sociales inspiradas en principios medioambientales. Las sinergias entre todos estos agentes coadyuvan al asentamiento de esta nueva tendencia en la gestión de las ciudades, más cuidadosa del medio ambiente y de la calidad de vida de los ciudadanos. (FACCIOLI, 2019, p. 563).

Nessa perspectiva, o Direito à Cidade de Lefebvre e o constitucionalismo social proposto por Teubner, são condições de possibilidade para garantir a eficácia dos Direitos Humanos a partir da governança participativa, que se coloca como processo de tomada de decisão para concretização do conteúdo democrático do Direito à Cidade Inteligente, mas também, como instrumento eficaz de efetividade dos Direitos Humanos a partir do direito à obra (Lefebvre).

Referências

ALFONSIN, Betânia et al. Das ruas de Paris a Quito: o direito à cidade na nova agenda urbana - Habitat III. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1214-1246, 2017. Disponível em: http://wp.ibdu.org.br/wp-content/uploads/2019/07/DAS-RUAS-DE-PARIS-A-QUITO_O-DIREITO-%C3%80-CIDADE-NA-NOVA-AGENDA-URBANA_Bet%C3%A2nia-Alfonsin.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

ALFONSIN, Betânia. Repercussões da nova agenda urbana no direito público e provado no Brasil e na América Latina: o papel do direito à cidade. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). Curso de direito à cidade: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 217-230.

CARVALHO, Délton Winter de. A natureza jurídica da Covid-19 como um desastre biológico. Consultor Jurídico, São Paulo, 13 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-13/delton-winter-natureza-juridica-covid-19-desastre-biologico2>. Acesso em: 11 dez. 2020

EUROPEAN UNION. European Commission. The future of cities: opportunities, challenges and the way forward. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019.

FACCIOLI, Carlotta. Calidad del aire y ciudad inteligente (Smart city): la protección de la calidad del aire como motor del desarrollo urbano sostenible. 2019. 638 f. Tesis doctoral -- Universitat Rovira i Virgili. Departament de Dret Públic, Tarragona, 2019. Disponible en: <https://www.tdx.cat/handle/10803/668954#page=1>. Acesso: 2 jan. 2021.

FERREIRA, Antonio Rafael Marchezan. Direito à cidade e direito urbanístico: limites e relações recíprocas. In: LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). Direito Urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 229-244.

GUIMARÃES, Angélica. A ordem jurídica urbana e o Direito à Cidade: uma leitura crítica sob o olhar da Constituição Federal de 1988. In:

LIBÓRIO, Daniela Campos (coord.). Direito urbanístico: fontes do direito urbanístico e direito à cidade. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 193-228.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilar; ARAÚJO, Douglas da Silva. O direito à cidade no contexto das smart cities: o uso das Tic's na promoção do planejamento urbano inclusivo no Brasil. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1788-1812, 2018.

HARVEY, David. Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana. Tradução Jeferson Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HOHENDORFF, Raquel Von; ENGELMANN, Wilson. O consumo e produção sustentáveis (ODS 12) no panorama jurídico da utilização da nanotecnologia no agronegócio. In CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (coord.). Direitos humanos e meio ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1. ed. São Paulo: IDHG, 2020. p. 453-483.

LEFEBVRE, Henri. O direito à cidade. Tradução: Rubens Eduardo Frias. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2016.

MAYNTZ, Renate. El Estado y la sociedad civil en la gobernanza moderna. Revista del CLAD Reforma y Democracia, Caracas, n. 21, Oct. 2001. Disponível em: <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/021-octubre-2001/0041004>. Acesso em: 13 dez. 2020.

MANQUIAN, Marco Antonio Quiniao. Relações internacionais: o protagonismo das cidades e dos governos locais no sistema de governança mundial contemporâneo. In: BELLO, Enzo; KELLER, Rene José (org.). Curso de direito à cidade: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 17-34.

NACIONES UNIDAS. Agenda del derecho a la ciudad. Para la implementación de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible y la nueva agenda urbana. [S. l.], 2019. Disponível em: https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A6.1_Agenda-del-derecho-a-la-ciudad.pdf. Acesso em: 13 dez. 2020.

SANTOS, Milton. Ensaaios sobre a urbanização latino-americana. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2017.

SOUZA, Maria Cláudia da Silva de; ALBINO, Priscilla Linhares. Cidades sustentáveis: desafios que ultrapassam as estruturas físicas. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio (coord.). Direitos Humanos e Meio Ambiente: os 17 objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030. 1. ed. São Paulo: IDHG, 2020. p. 428-452.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

Narratives of power and law: The foucauldian prison

Marco Ribeiro Henriques¹

Content summary: Introduction, 1. Narratives of power and law: the Foucauldian prison, 2. conclusion. References.

Abstract: This working paper proposes a marginal approach to the institutions of power understood by us as power apparatuses articulating the relations between the production of knowledge, norms, and modes of exercising and validating law in Foucauldian theory. To this end, the description of certain institutions present in the thought and work of Michel Foucault on the relations of force that are established between power and the law have been examined, focusing on those which at a certain point in history constituted for the author a change in the object of analysis, particularly the norm as a disciplinary paradigm for social behaviour. The narrative on power and norms is descriptively analysed, distinguishing for that purpose between the individual systems in the approach of the author - the prison - that Michel Foucault treated as an example of the disciplinary institutions (after the manner of Goffman) that seek in the Foucauldian theory to mould the body and the soul of citizens with the ultimate aim of regenerating such citizens according to a set social model. This paper seeks to lend weight to the descriptive analytical methodological aspects of the author's thinking regarding the prison system as a mechanism correlating forces between the law and norms. The paper concludes that Foucault's genealogy allows pragmatic observation of the system as a whole and of very current autopoietic systems individually, while applying Foucauldian theory to the question of whether we should continue to be integrated in a disciplinary society or if, perhaps, this is an outdated normative paradigm.

Keywords: prison, institution, law, power, norms.

1 NOVA School of Law

Introduction

This article proposes an approach to the Foucauldian statement on the validity of the norm and the law by imprisonment as a paradigmatic example of the intersection and validation of the law and the norm, both of which constitute constant, validated elements within Michael Foucault's thinking.

We believe that the reflections here illustrate the painful relationship between the normatively considered law and its implications in the ethical dimension of what the power society is in an ontological validation of the legal phenomenon, which to an extent, could be said to pervade the entire analysis of Michel Foucault in his studies on the emergence of prisons in the Western world.

Our analysis of the Foucauldian theory is based on the author's texts, identified a priori as the entire body of the author's thoughts as they relate to very specific techniques that have come to use the legal phenomenon as an implementing medium for the subjectivation of the subjects in Foucauldian modernity².

The works of Michel Foucault do not deal with the question of the validity of law in isolation; in fact, to analyse his current thought and the diverse research he has undertaken, one needs to direct the reader towards a transversal perspective which, during the course of this very broad body of work, presents problematisations on psychiatry, medical knowledge, the emergence of human sciences in modernity, prisons, and mechanisms of sexuality in the west, among others, and, in the midst of these vectors, to talk about an object that delineates the spectrum of law from Foucault

2 This outline contains the principal bibliographical references only. FOUCAULT, M. (2013). *La société punitive*. Cours au Collège de France. 1972-1973. Éditions Gallimard & Éditions du Seuil. FOUCAULT, M. (2012). *Du gouvernement des vivants*. Cours au Collège de France. 1979-1980. Éditions Gallimard & Éditions du Seuil. FOUCAULT, M. (2005). *A arqueologia do saber*. Coimbra: Almedina. FOUCAULT, M. (1999). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal. FOUCAULT, M. (2009 [1975]). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Petrópolis: Editora Vozes and also ROMÃO, M. (2015). *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina.

onwards, one needs, perhaps, to disregard its model based on the systematic deconstruction of the social substratum, analysing archives and historical documents, from which narratives emerge that find themselves between the object and the substrate, without identifying a fusion between the two systems; norms and power – and without ever dissociating one from the other as a more obvious manifestation of the Foucauldian intent of that which is the State of laws and socially disciplining norms of the community.

1. Narratives of power and law: the Foucauldian prison

Since Lombroso's³ founding of the Italian School of Positivist Criminology and his theory of anthropological criminology, three essential milestones in the history of criminology can be identified, although these do not correspond in chronological order to a period of exploration of the problem of danger and the moment when life stories and the notion of process developed to an extent in 1930, when history of life was used as an instrument of criminological investigation, not to uncover the causes of crime but rather to understand the meanings attributed by the subjects themselves about crime, and thus instigated the valorisation of a qualitative process that needed to begin.

At this point the subjects ceased to be understood by the social sciences as objects of study, and acquired the status of social actors with their own points of view, to which it would be necessary to have access in order to understand the behaviours that they triggered.

In this situation, there arose in 1960 a criminology of social reaction, a perspective that was revolutionary, particularly because it considered the criminal's point of view. The entire approach of this paper is guided by this historical milestone.

Thus, with the emergence of a constructivist perspective, and

3 1839-1909.

through the important contributions of the Chicago School⁴, analysis of the social reaction to crime assumed importance, as did the issue of victims and insecurity. This stance broke with a traditional criminology essentially by discussing and giving credibility to the ideas of the subjects, even if constructed in opposition to the point of view of the law.

The Foucauldian prison is considered one of the central institutions of the disciplinary society that appears to have been studied at this time, since it consists of one of the vectors of political technology dealing with the control of the body by processes of vigilance and strict delimitation of bodies in space and time.

Due to the persistence or amplitude with which this work of Michel Foucault interacts with the history of prisons, it was in the passage from the nineteenth century to the twentieth century that the focus of punishment was transposed from the body to the soul, a mechanism that would give consistency to the disciplinary society that initially confronted the notion of the society of the spectacle, when both would come to portray facets that are typical of modernity.

The body has disappeared; the body that has been legalized, quartered, symbolically marked, exposed alive or dead, given as a spectacle, the body also disappears as the main target of criminal repression.

For Foucault, when the prison sentence was first instituted in the west as the main penalty, the concern with the security of the citizens consisted in a strategy of material legitimation by the State, whose monopoly of legitimate violence allowed this attempt at transformation of the soul by the taming of the bodies of the offenders through surveillance, which met with little success.

This trend, labelled as radical criminology, which, like Marxist criminology, manifests itself mainly from the 1970s onwards, when

4 As expressed principally by authors such as William, I. Thomas, Florian Znaniecki, Robert E. Park, Louis Wirth, Ernest Burgess, Everett Hughes and Robert McKenzie.

the values of a critical sociology of the legal and penal systems were mainly reinforced, is capable of challenging the neutrality of the social role of the researchers, and of questioning and problematizing the inequalities that underpin the law and other state apparatus of social control.

Until the eighteenth century, the rules of law in force were very much rooted in the regime of royal sovereignty. The crimes committed were seen to be an affront to the king, for it was the latter that was visible to society, in a display where the power present in the royal sphere was the greatest herald of sovereign power. Thus, as a mechanism of guarantee and legitimacy of this regime of sovereignty, corporal punishments were used as a mechanism to retaliate against crimes committed in society and often far exceeded the extent of the original crime committed.

From the uncertainty as to the validity of the position adopted by a system of justice that acted in the name of power to wield power, a movement for the reformulation of criminal law in several European countries was born.

They brought to the fore, as Foucault puts it, humanist reformers who intended to humanise forms of punishment. Such reformers included Marquis Beccaria, already mentioned. In his work "On Crimes and Punishments", Beccaria came to argue in favour of a complete modification of the juridical regime, in order to construct a juridical framework legitimized by tenets of the Social Contract.

For Beccaria, in this sense, it was important to take into account that the criminal act should be prevented by a specific penalty that avoids social harm if such a criminal act broke the ideal of the Social Contract.

With the emergence of mechanisms such as the jury, or even a trial no longer without the knowledge of the defendant as to its accusers and arguments, it is citizens who should, according to Beccaria, guide criminal justice, so that even a monarch would be

subjected to such principles, and citizens should therefore question the positioning of the criminal justice system in force, given the atrocities related to corporal punishment meant a justice meted with a violence perpetrated by the State, which would often exceed the crimes committed by the convicted.

We affirm, as does Foucault, that, in modernity, this configuration that modified the penal regime a little everywhere, it is not a humanisation of punishments, because all that happened was that the establishment institutions merely adopted a social purpose. Prison was thus adopted as a unique model of prevention and repression of the different types of crimes committed in society.

In this sense, Foucault argues that institutions are, in fact, disciplinary institutions, where new relations of power, which unlike the system of royal sovereignty regime, do not relate to bodies and the violence against them, but to discipline and controlling them as well as the individual human being. There is therefore an acculturation of the individual in a process that expands to prisons, barracks, asylums, lunatic asylums, schools, factories, where what matters to the State in Foucauldian theory is the production of disciplined “useful bodies” who will be trained to perform certain productive tasks which will, eventually, shape the ranks of the capitalist system of production.

It is from this perspective that Foucault denies the Marxist thesis that power would be present in the way one social class holds the means of production and exploits it thereby debasing another social class, because in order for the capitalist system of production, as Foucault understands it, to work, the workers would first have to be trained.

In another dimension we may consider that power would not be at the top, represented by the State, but, on the contrary, latent in the various relations experienced by individuals, far from State spheres.

In this way, Foucault demonstrates that contrary to the power

and violence associated with it, that if a disciplinary power is formed in these institutions, that same power makes use of discipline as a technique for shaping and taming the bodies of individuals. Such power, however, works positively, and is not a repressive one.

Instead of violence, it is disciplinary power that now functions productively, making the dissymmetries existing in the various institutional hierarchies natural, causing an increase in the suitability of the rules of institutions, which results in accentuating domination, that is, what makes the power fix itself so that it is accepted is simply that it weighs not only as a force that says no, but that it also actually permeates these hierarchies, produces things, induces pleasure, and creates the knowledge to produce goods via secured discourse.

We must therefore consider this power as a productive network that crosses the whole social body much more than a single negative instance whose function is to repress.

Thus, it can be seen that disciplinary power hides the subjects' appreciation of the processes that make them into subjects in disciplinary institutions. In this case, the institutions also function as institutions of retention of the individual, because they rob subject status from individuals who become integrated into disciplinary logic that seeks to standardize and make uniform not only the procedures, but more particularly, conduct within the community.

The disciplinary environment in the Foucauldian view condemns idiosyncrasies in favour of uniformity, establishing a place for each one to occupy their space respecting the hierarchies with effective control of the time of all the activities carried out in the day-to-day expenditure of force that could be useful and productive.

Nevertheless, in our analysis and in refocusing the emergence of imprisonment in Foucauldian modernity, we emphasize that, as can be seen in Beccaria's thinking, that Foucault examined the writings of Englishman Jeremy Bentham⁵. And it is on the basis of the Benthamian panopticon that Foucault illustrates the ideal prison

5 1748-1832.

model devised by Bentham for the construction of places where prisoners could correct criminal behaviour, with a strong presence of work as occupational activity for the inmates.

Jeremy Bentham is known for the proportions that Foucault's analysis of his panopticon was to assume, a structure that represented his understanding for the ideal functioning of the prison institution and with which it was intended to improve, significantly, both the security aspect and the conditions of seclusion and also to complete a sentence based on self-reflection, promoted by the new penitentiary paradigm.

The panopticon consisted essentially of a round building with individual cells facing a common centre, with the control room and the surveillance tower were strategically placed, thus reversing the functions of the dungeon by no longer hiding the condemned person, depriving him of light, but instead, emphasising their individuality, precisely by reproducing and emphasizing in the physical building itself the idea of this individuality, so that it could be achieved through self-control, which, in turn, would become a new mechanism of social control.

The prison model underpinning the panopticon system is based on the idea that when an individual feel that he or she is being himself or herself observed, they tend to be fearful and incapable of breaking the rules, so it is enough for the prisoner to be permanently visible by the prison guard to ensure automatic maintenance of order.

In order for prisons to adapt to the new penitentiary purpose of punishment, architecture played an important role since the regeneration of the individual demanded their separation and isolation from the other prisoners, while maintaining public safety made it necessary to keep institutions away from residential areas.

It was in this context that the punishment of depriving someone of their freedom became the primary punishment in the French Penal Code in 1791, and the context in which Bentham conceived of the

panopticon, which would become the best known prison project architecturally speaking and, as already noted, not least because of Michel Foucault's analysis in "Discipline and Punish: The Birth of the Prison" where this model came to be portrayed as the birth of disciplinary techniques that have since been developed to some extent or other all over the world.

The importance of the Bentham project is therefore due to the fact that it was the first to be elaborated with the concern of thinking of a space in which deprivation of liberty ceases to have the object of punishing the offender and begins to have as its objective regeneration, affirming the centrality of vigilance, always associated with the role of the State in the management of community insecurity.

As mentioned above, the panoptic plan of the prison building should have a tower in the centre of a circular formation, like a ring, where cells were arranged with one interior window facing the tower and one exterior window, facing the outside. From the central building, a guard could observe the inmates at all times, yet not necessarily be seen by them, so that it was possible for the guard to leave the tower, but what mattered was the sense of permanent vigilance that the people there could assimilate, which would cause them to remain, as already mentioned, with the feeling that they are being permanently watched.

This panoptic approach could easily and economically be extended to other institutions and productive mechanisms, such as factories, and required only a single person to watch over a group of individuals.

Panoptism has a scope far beyond the architecture proposed by Bentham, since the interiorization of watchfulness would condition individuals to regulate their conduct and promote a corporal and moral self-discipline, leading to the establishment of discipline and control as techniques that strengthen the power of the State. In Foucauldian theory as regards prisons, constant vigilance of the condemned, renders the soul like a prison for the tamed body.

Here we return to the explanation of the meaning of normalization from what prisons mean if viewed as disciplinary institutions⁶. What was attempted with the creation of prisons was the reinforcement of the proposals of a positivist law by means of the presence in the scientific discourse that, through the presence of technologies of power in prisons would make it possible to achieve the goal of transforming prisoners into orderly, tame citizens.

2. Conclusion

The history of punishment provides a thorough historical analysis, and reveals diverse responses in each age on how to deal with the deviant behaviour of citizens, interpreting the models of how subjection of the body in order to reaffirm social norms, through physical punishment and/or deprivation of freedom, which always underpinned the exercising of violence by the State that sought to subtract the social bond from the detainee by the body being subsumed by administrative control or by excluding the detainee from the community.

Hence the emergence of formal and legal punishment, which was admittedly in the form of revenge, or social retaliation, which often consisted either of whipping, mutilation or forced labour.

This social urgency of retaliation took on its most violent

6 Goffman's definition of the "total institution" refers to a place of residence and work where a large number of individuals in a similar situation, separated from the larger society for a considerable period of time, live a enclosed and formally managed life. Of particular note is what he calls the "closed" nature of these institutions, symbolized by the barrier to social relationships with the external world and by restrictions imposed on exiting which are often included in the physical layout – for example, closed doors, high walls, barbed wire, ditches, water, forests or swaps. Goffman also reflected on the effects of the institutionalization of individuals, which implies a formally managed closed life and the dilution or disappearance of the subjects' social relations, when retained in a closed universe without barriers between the different spheres of life but with a well-defined border between the world inside and the one outside. In this regard, cfr., in particular, GOFFMAN, E. (2001 [1961]). *Manicômios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva and also GOFFMAN, E. (1963). *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*. London: Penguin Books cited in: MACHADO, H. (2008). *Manual de Sociologia do Crime*. Porto: Edições Afrontamento. p. 11 ff.

forms with the emergence of forms of collective punishment, such as lynching and stoning, and even the death of the condemned, considered as one of the oldest methods of punishment. During the Middle Ages the Catholic Church exerted a strong influence in all social spheres, in a strongly hierarchical context which resorted to harsh measures of social control, particularly as it related to the vigilance of the religious belief of individuals, and at other times before its economic organization, to the detriment of the religious institution, was the dominant driving force in formulating punitive models. Corporal punishment worked as a central punitive apparatus for the maintenance of social order and for the manifestation of power before Foucault's modernity.

According to this Foucauldian interpretation, we will have to clarify that in order to understand the norm in Foucault and how the law ends up being influenced by it, some additional explanations are required that we will mention in the third section of this paper.

In this case, the type of power studied by Foucault is mixed with a more specific field of knowledge, because for Foucault power produces knowledge, and power and knowledge are directly involved – and for the author there is no power relation without that there being a correlate construct in a field of knowledge, nor is there knowledge that does not simultaneously suppose and constitute relations of power.

This finding concerns a certain interdisciplinary interference in the process of “taming” of the individual, especially from the human sciences, and from the fields of medical knowledge pertaining to law and justice.

In these times of criminal reformulation, we can assert that to explain the insurgency of crimes that were not common in society until then, such as the most heinous crimes, power used the law, and law used psychiatry, through its practitioners and specialists, to diagnose and give explanations about the alleged motives that people had for committing barbarous acts, thereby validating the

domination of the body, the norm, in its various dimensions in the mechanisms of validation of the law—power—through recourse to the taming of the body in institutions that are disciplinary – the norm, in other words.

References

FOUCAULT, M. (2013). *La société punitive*. Cours au Collège de France. 1972-1973. Éditions Gallimard & Éditions du Seuil.

_____. (2012). *Du gouvernement des vivants*. Cours au Collège de France. 1979-1980. Éditions Gallimard & Éditions du Seuil.

_____. (2005). *A arqueologia do saber*. Coimbra: Almedina.

_____. (1999). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Graal.

_____. (2009 [1975]). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Petrópolis: Editora Vozes

GOFFMAN, E. (2001 [1961]). *Manicómios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Editora Perspectiva

_____. (1963). *Stigma. Notes on the Management of Spoiled Identity*. London: Penguin Books

ROMÃO, M. (2015). *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina.

MACHADO, H. (2008). *Manual de Sociologia do Crime*. Porto: Edições Afrontamento. p. 11 ff.

A força normativa da Constituição na visão de Konrad Hesse e sua influência no pensamento constitucional brasileiro

The normative force of the Constitution by Konrad Hesse's view and its influence in the Brazilian's constitutional thought

Fabio Turetta¹

Adriano Marteleto Godinho²

Sumário: 1. Introdução; 2. As bases do pensamento constitucional, os vínculos e influências; 3. A implantação, a adequação, as reformas e adaptações aos tempos e mudanças sociais; 4. A constitucionalização dos direitos em suas diferentes frentes, em especial dos direitos civis; 5. Considerações Finais; Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise de um dos textos mais relevantes do Direito Constitucional moderno. Die Normative Kraft Der Verfassung ³ de 1959, ou A Força Normativa da Constituição, de tradução para o português de Gilmar Mendes Ferreira, é breve compilação de ideias, de Konrad Hesse, em sua aula inaugural na Universidade de Freiburg – RFA, momento em que se estabeleceu um essencial ponto de equilíbrio entre os fatores de Poder e a Constituição. Contrapondo-se ao pensamento predominante, até aquele momento histórico, advindo de Ferdinand Lassalle, que denotava à Constituição a figuração como um mero “pedaço de papel” sem poder vinculante, senão pela própria autoridade de quem exercia o poder, Hesse traz à luz da realidade confrontos que asseguram a força normativa constitucional em variações circunstanciais que consideram fatores históricos, políticos e sociais. O autor estrutura sua visão constitucional na firme

1 Graduação em Comércio Exterior pela Uninter de Curitiba. Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná – Unopar. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina.

2 Professor da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. E-mail: adrgodinho@hotmail.com.

3 HESSE, Konrad. Die Normative Kraft Der Verfassung. Em tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editora S.A. Fabris, 1991.

proposta de que o próprio povo deve orientar sua conduta segundo a ordem manifesta no diploma constitucional. Sequencialmente, na segunda parte do trabalho, far-se-á um paralelo frente às ideias do referido autor, os princípios constitucionais que permeiam o tecido social brasileiro em sua neo-democracia e emanaram das diferentes forças constitucionais originárias em 1988 no Brasil, concluindo-se com a perspectiva real de “vontade constitucional” que se consubstancia nas conquistas e avanços sociais que diariamente são pauta do debate público no Brasil nos últimos mais de 30 anos de vigência da Constituição cidadã. Para o presente artigo científico adotou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Constituição Federal. Konrad Hesse. Princípios Constitucionais. Vontade Constitucional. Constitucionalismo do Direito Civil.

Abstract: This article aims to analyze one of the most relevant texts of Modern Constitutional Law. Die Normative Kraft Der Verfassung¹ from 1959, or The Normative Strength of the Constitution, according to Gilmar Mendes Ferreira’s translation to Portuguese, is a brief compilation of ideas, by Konrad Hesse, in his inaugural class at the University of Freiburg - RFA, at which moment an essential point of balance was established between power factors and the Constitution. Contrasting with the prevailing opinion, until that historical moment, from Lassalle, who denoted the Constitution as a piece of paper with no binding power if not by the authority of those who were in power, Hesse brings a light of the confronting reality that ensure a constitutional normative force in circumstantial changes that considers historical, political and social factors. The author structures its constitutional vision in the proposal that the people themselves must guide their conduct according to an order manifested in the constitutional law. Sequentially, in the second part of the work, we will trace a parallel between the author’s ideas, the constitutional principles that allow the Brazilian social fabric in its neo-democracy and emanated from the different constitutional actions originating in 1988 in Brazil, concluding with a perspective “constitutional will”, which can be seen in the social achievements and advances that are daily subjects of public debates in Brazil in the last 30 years of surveillance of the Constitution. In this scientific article, it was adopted a bibliographic research methodology.

Keywords: Federal Constitution. Konrad Hesse. Constitutional principles. Constitutional Will. Constitutionalism of civil rights.

1. Introdução

O núcleo da análise em questão encontra-se na tese fundamental do trabalho de Konrad Hesse e nas questões constitucionais por ele suscitadas, ao penetrar nas relações inter-propulsoras que existem entre as forças das leis e das instituições estabelecidas pela sociedade, tendo-se como resultado primário o fator real de poder exercido por autoridades constituídas por esse próprio poder.

Em um segundo momento, estabelece-se no presente trabalho um enfrentamento de correlações entre a perspectiva Constitucional cristalizada pelo referido professor alemão e, dentro da experiência evolutiva do direito constitucional, quase 30 anos depois de sua explanação, a base do pensamento jurídico da sociedade brasileira, manifesta em seus princípios constitucionais, assoalho para a elaboração da Constituição Cidadã do Brasil.

A verificação que se objetiva no presente artigo é justamente aquela de indicar se as premissas consignadas pelo doutrinador Konrad Hesse realmente encontraram respaldo e se fizeram-se subsistir no decurso do tempo, se tiveram força suficiente para, influenciando os pensadores jurídicos que se sucederam, em especial no Brasil, plasmaram tal pensamento e, tomando forma, concretizaram-se em princípios norteadores do legislador constitucional.

Cumprê, de plano, afastar a falsa ideia de que a Ciência da Constituição existe exclusivamente para justificar as relações do poder dominante em atuação, cabendo esclarecer que o Poder Constitucional, exercido dentro das premissas da própria Constituição, é vetor de fortalecimento da democracia, dos direitos sociais e da intransponível blindagem à tentação do arbítrio e do uso inadequado das estruturas públicas.

O estudo da Força Constitucional como elemento vinculante do Estado e dos operadores do poder, em suas diferentes esferas, atualiza a crença em uma constituição viva, atual e que existe além

de seu papel meramente demarcador de funções e cargos; ao estabelecer marcos para a evolução social, o texto constitucional, nesta perspectiva, norteia a melhoria e o desenvolvimento da qualidade de vida da população e garante o exercício de direitos não apenas para os respectivos titulares, mas também para as gerações futuras.

Nesse sentido, a CF/88 foi, incontestavelmente, uma significativa expressão da vontade social. A real consubstanciação da vontade de diferentes setores da sociedade que, tendo oportunidade, manifestaram-se no sentido de produzir um documento que atendesse às necessidades dos diferentes povos que compunham a Nação Brasileira. Foi inovadora, ao respeitar as peculiaridades regionais, características constitutivas de cada comunidade e estabelecer padrões mínimos de atenção estatal capazes de reconhecer em cada pessoa a dignidade humana que lhe é inerente. Pactuou e deu sonoridade a documentos de amplitude internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴ e explicitou em suas linhas, princípios até então desconhecidos pelo povo brasileiro, como os Princípios da Igualdade de da Dignidade Humana.

Nessa construção de pensamento há que mencionar importante observação do próprio Konrad Hesse: “A norma Constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser por ela concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada de condições históricas de sua realização...”⁵ Neste espectro, faz-se relevante a pontuação de que a Constituição tem força motriz que nasce da própria vontade constitucional de um povo que, através desse documento, autorregula-se, positivando normas de conduta nascidas de pressupostos sociais e princípios vigentes no próprio

4 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, ONU, 1948

5 HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft Der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editora S.A. Fabris, 1991. p.14

grupo social.

No Brasil, a construção da Constituição vigente se dá exatamente nesse contexto de avaliação histórica e planejamento social para um largo futuro. Não há fundamento que sustente a percepção de um planejamento constitucional de construção social que não seja de larga escala e a longo prazo. Conquistas e avanços sociais são perspectivas que se perfazem em âmbito histórico e não no instante; em se tratando a Constituição de um documento de cunho social, político e jurídico, sua implementação, atualização e experimentação devem ser constantes no âmbito das instituições da República e vivenciadas no cotidiano do cidadão titular dos direitos que dela emanam.

Neste contexto, a estabilidade da norma e segurança jurídica são fundamentos inafastáveis para a construção de um Estado Constitucional de Direito nos moldes desejados pelo legislador constitucional originário. Nas palavras de Gustavo Zagrebelsky⁶, “I diritti degli uomini dipendono dalla legge?”, ou seja; os direitos dos homens dependem da lei? Trata-se de uma pergunta simples mas ao mesmo tempo um questionamento que infere exatamente a medida em que a sociedade acredita no direito e o quanto o direito deve prevalecer nas relações humanas, pois ainda que inexistente a lei, há que vigorar a norma que regulamenta as relações do homem com a sociedade onde está inserido, com outros indivíduos e até consigo mesmo.

A pesquisa, neste sentido, será qualitativa e terá caráter jurídico-dogmático, pautando-se pelo método interpretativo sistemático, bibliográfica e com consulta a fontes legislativas e científicas.

2 As bases do pensamento constitucional, os vínculos e influências

“Questões constitucionais não são questões jurídicas, mas

6 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*. Editora Einaudi. 1992. Roma – Itália.

sim questões políticas.”⁷ Com essa afirmação, Ferdinand Lassalle⁸ iniciou sua conferência sobre a essência da Constituição em 1862 numa associação liberal progressista na cidade de Berlim. Fundava assim, sua percepção de que a força de uma Constituição estava centrada na conjuração de poderes dominantes que davam a ela poder vinculante ou não, segundo seus próprios interesses. Dando forma à realidade social de sua época, ele analisava a vinculação da norma constitucional aos fatos cotidianos e aferia a capacidade de ela regular e motivar a sociedade, afirmando que a norma estaria condicionada à sua compatibilização com a realidade. Em dado momento, das ideias por ele propaladas, pode-se pensar até que haveria duas constituições, aquela impressa e formal e uma outra, real; a das ruas, aquela que de fato normatizava as relações de poder entre militares, latifundiários, intelectuais, industriais e outras camadas da sociedade.

Quase um século depois, em 1959, na Universidade de Freiburg – RFA, surge o maior contraponto da referida ideia. Em sua aula inaugural naquele ano, o Professor Catedrático Konrad Hesse traz à luz do pensamento filosófico-constitucional a percepção de que existem pressupostos realizáveis na Constituição (*Realisierbare Voraussetzungen*) que, mesmo em caso de eventual confronto, permitem assegurar sua força normativa. Na visão do aludido jurista, essa “vontade de Constituição” (*Wille zur Verfassung*) manifesta-se no espírito do povo alemão, quando esse orienta-se pela ordem, na própria constituição estabelecida. O centro da tese por ele estabelecida é exatamente sobre o significado e o valor da Constituição para um povo e sua força vinculante normativa

7 HESSE, Konrad. *Die Normative Kraft Der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editora S.A. Fabris, 1991. p. 09

8 Ferdinand Lassalle (Breslávia em 11 de abril de 1825 - Carouge, 31 de agosto de 1864) foi um teórico socialista, escritor e político alemão de origem judia. Considerado um precursor da social-democracia alemã, foi contemporâneo de Marx, e ambos estiveram juntos durante a Revolução Prussiana de 1848 até romperem relações, em 1864. Combativo e ativo propagandista dos ideais democráticos, proferiu, em 16 de abril de 1862, numa associação liberal-progressista de Berlim, a conferência que serviu de base para um livro importante para o estudo do direito constitucional(editado e traduzido em português com título *A Essência da Constituição*).

manifesta na conduta de sua sociedade. A observação à norma constitucional não deve ser uma imposição, mas sim uma vontade social.

A conclusão que daí deriva é a de que a Constituição, em sua essência, não tem razão de existência autônoma: sem vínculo com a realidade, torna-se inócua, muda, estéril. Não obstante isso, destacando-se de todo outro texto legal, perfaz-se em sua absoluta totalidade com sua implementação e compreensão como Direito, quando passa a integrar a alma da sociedade e se consubstancia com maior força vinculante quantas vezes mais é evocada.

Na expressiva definição de Wilhelm Humboldt⁹: “Os projetos que a razão pretende concretizar, recebem forma e modificação do objeto mesmo a que se dirigem. Assim podem eles tornar-se duradouros e ganhar utilidade. Do contrário, ainda que sejam executados, permanecem eternamente estéreis...”¹⁰, vê-se, ainda no distante ano de 1181, a percepção de uma Constituição que não comporta absoluta segurança jurídica, justamente por sua natureza mutante, adaptativa, auto construtiva e circunstancial. Seu espírito se conjura justamente do “animus” social, das demandas, expectativas e da vontade do povo que se manifesta através do Poder Constituinte. Ainda que o documento escrito seja mera construção teórico-científica, a Constituição de um povo tem sua força vital no caráter nacional que constitui princípios e valores, elementos fundantes do texto Constitucional.

No Brasil, o anseio constitucional nasce justamente de um longo processo de reconquista de direitos e de liberdade de expressão. Houve participação popular de mais de 10.000

9 Friedrich Wilhelm Christian Karl Ferdinand, Barão von Humboldt (Potsdam, Prússia, 22 de junho de 1767 — Berlim, Prússia, 8 de abril de 1835), foi um funcionário do governo, diplomata, filósofo, fundador da Universidade de Berlim (hoje, Humboldt-Universität), amigo de Goethe e especialmente de Schiller, sendo principalmente conhecido como um linguista prussiano que fez importantes contribuições à filosofia da linguagem, à teoria e prática pedagógicas e influenciou o desenvolvimento da filologia comparativa.

10 Realino Marra, *La ragione e il caso. Il processo costituente nel realismo storico di Wilhelm von Humboldt*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXII-2, 2002.

cidadãos que, sem mandato legislativo, fizeram-se presentes nas reuniões técnicas e comissões de grupos de estudo. Tratava-se não somente de instalar uma nova ordem constitucional, mas de remover o entulho ditatorial que passava a ser absolutamente incompatível com o estado de coisas que se anunciava.

Absolutamente pertinente observar que Hesse, quase 30 anos antes da elaboração do primeiro texto base da Constituição ora vigente no Brasil, preconizava que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se justamente na vinculação destas às forças espontâneas e às tendências dominantes de seu tempo. A Constituição, por sua própria natureza, vincula-se pela vontade, sua norma não é imposta, mas sim desejada. A Constituição não pode e não deve ser arbítrio, mas deve ser encontro entre a Lei e a vontade popular. Seu desenvolvimento e aplicabilidade constroem-se confundindo-se com o próprio desenvolvimento da sociedade à qual rege e estrutura.

Não resta dúvidas que estabilidade e segurança são expressões jurídicas que oferecem conforto ao jurisdicionado, às instituições e à sociedade de modo geral, no entanto vivemos um momento de comunicação universal com excepcional tráfego de informações, mercadorias e pessoas pelo planeta. Neste aspecto, a mutabilidade da Constituição é característica impositiva para sua efetividade e até aplicabilidade. Um texto constitucional obsoleto não produz direitos; pelo contrário, fala contra a voz popular e desconstrói conquistas que deveria sustentar. Por certo que o cerne da Constituição, sua vontade normativa e os princípios sobre os quais se funda não podem ser sacrificados em nome de sua “atualização”, no entanto sua mutabilidade deve atender a sua finalidade sob o risco de, em não o sendo, provocar grave ruptura de ordem jurídica constitucional.

Condicionantes naturais, fatores seculares e forças sociais são elementos de coalisão das normas constitucionais, sem os quais, segundo o próprio Hesse, nenhum texto de Lei, nem

mesmo a Constituição, nada poderá. Tem-se como terrível engano pensar que o próprio exercício do direito constitucional não levará fatalmente ao questionamento da própria Constituição. É inerente à liberdade pela Constituição estabelecida que a ela mesma se imponha questões de reforma e atualização, o que por absoluto não se confunde com retrocessos, arbitrariedades ou mesmo com sua eventual negação ou abolição pelo poder irrefreado de um governante.

3. A implantação, a adequação, as reformas e adaptações aos tempos e mudanças sociais

As Constituições são, nas palavras do prof. José Afonso da Silva¹¹, “...produto de algum movimento de rebeldia do povo contra sistemas que sufocam valores supremos de convivência humana, essenciais à organização social”. Perceba-se que, ao propor tal definição, o autor evoca e confirma os conceitos expressos por Konrad Hesse em sua obra, mencionando com ênfase as expressões valores supremos de convivência humana e organização social. Reafirma ainda o conceito de necessária mutabilidade do texto constitucional, pois tal ideia se funda na visão de que a democracia nunca está aperfeiçoada em sua totalidade, nunca estará plenamente acabada, por ser uma construção contínua e perene. É, nessa percepção, um regime político submetido à inevitável e contínua confrontação de realidades. Mantém em si a norma constitucional, a certeza de lei suprema, justamente porque dotada de superioridade em relação às demais normas do ordenamento jurídico, porque vincula os poderes estatais e porque garante os direitos fundamentais da pessoa humana¹². Não obstante, essa dinâmica não é impedimento para a contínua construção do corpo constitucional, adaptável aos tempos e a realidade da sociedade.

11 SILVA, José Afonso. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018.

12 FRIEDRICH, C.F. La democratize Constitutionnelle. Paris. 1958. P.77.

A força normativa de uma Constituição reside exatamente na força do pacto social do qual ela se origina. Nos valores e crenças de um povo, residem o salvaguardo essencial de seus bens sociais mais caros e preserváveis. Sua validade, no entanto, encontra amparo no modo de seu feitio, no ritual de depuração ao qual foi submetida. A justiça de uma constituição, nas palavras de J.J. Canotilho, “dependem exclusivamente no procedimento adotado para sua elaboração, se o procedimento for justo, será justo também o conteúdo da constituição”.¹³

No Brasil, especificamente, a Constituição de 1988 retrata não um movimento de rebeldia ou o resultado de uma mudança dramática como em outros momentos sociais, mas a mudança na forma de pensar o Estado e suas relações com a sociedade, um rompimento com o ciclo de violência e violações que à população vinha sendo imposto em nome de uma suposta ordem legalista, na qual o povo não estava visualizado no centro de sua objetivação. Essa modificação do “leme” constitucional altera por si só o eixo das relações jurídicas e propõe a dignidade da pessoa humana como centro e objeto do corpo de Leis da nação, relegando ao segundo plano a proteção material, até então guia do poder legislativo na produção das leis. Faz-se assim a primeira Constituição com cheiro de povo.¹⁴

Inaugura-se, a partir daquele momento histórico, o período constitucional e institucional mais longo da República. Abre-se o país à política externa, pondo-se fim a um longo e tenebroso período de fechamento e nacionalismo exacerbado. Inicia-se naquele momento uma necessária valoração de princípios constitucionais extrafronteiros que alinhavam o pensamento entre países latino-americanos e construíam relações comerciais sólidas, que tinham como pano de fundo o desenvolvimento social aliado ao pensamento

13 CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional. 5ª. Ed. Coimbra; Almedina, 1991.p.123.

14 TOFFOLI, José Antônio Dias. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018. P. 15

político-econômico. Surge a construção socioeconômica baseada em princípios de valorização da dignidade humana e não somente no trânsito de mercadorias e capitais.

O advento da Constituição de 1988 trouxe para o centro objetivo das políticas públicas a garantia de direitos fundamentais e o banimento de toda forma de direito que se fizesse degradante à dignidade humana. Por certo que o cessar das violações e o acesso a todos os direitos fundamentais ainda não se fez realidade concreta em absoluto, no entanto, é muito importante que a sociedade tenha solidificado em sua Carta Maior de Leis que esse é o objeto da República, a valorização do ser humano, seu desenvolvimento e a dignificação da cidadania.

Voltando-se ao que aduz Konrad Hesse em seu trabalho, enfim, nas palavras de José Sarney, Presidente da República por ocasião da convocação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, o que faz a autenticidade das constituições (...) é a submissão do texto fundamental à vontade e à fé dos cidadãos.¹⁵

4. A constitucionalização dos direitos em suas diferentes frentes, em especial dos direitos civis

A promulgação do texto constitucional é o marco delineativo entre os direitos e deveres que estabelecessem-se entre governantes e governados, na visão de Norberto Bobbio é “A afirmação dos direitos do homem que deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da inversão do Estado moderno, na representação da relação política ou seja, na relação Estado/ cidadão ou soberano/ súdito; relação que é encarada cada vez mais, do ponto de vista do direito dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista do direito do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade (...) no

15 SARNEY José. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018. P. 44

início da idade moderna.”¹⁶

Nessa perspectiva, o que se tem no ano de 1988 no Brasil é uma revolução da codificação, submetendo todo o corpo legal ao crivo da Constituição, suas regras, valores e princípios axiológicos. Surgem nesse contexto diferentes estatutos de aplicabilidade prática que garantem a operacionalização imediata de direitos constitucionais para que esse sejam exercidos e maximizados, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), o Código de Defesa do Consumidor (1990), o Estatuto do Idoso (2003), o Estatuto da Pessoa com deficiência (2015) dentre tantos outros que foram oferecidos à sociedade como esteio prático do exercício da cidadania e da oposição de direitos do cidadão em face ao governante e mesmo da conjuração da intervenção estatal em face das relações privadas com vistas à proteção e tutela de direitos.

Nasce então a convergência entre a Constituição escrita, os direitos nela expressos e a Constituição prática, da vida cotidiana que emoldura as relações sociais como se verifica nas definições de Konrad Hesse, ao mencionar que só vincula a efetividade da Constituição a vontade soberana do povo, entendendo esse como germe de sua força vital.¹⁷

Para o Direito Civil, especificamente, a revolução foi ainda maior, eis que o eixo central das relações civis deixa de ser a proteção exclusivamente patrimonial, surgindo uma percepção de valoração da pessoa humana. Os direitos civis se aproximaram da percepção norte-americana de “civil rights” que, em sua essência primária, chegam a confundir-se com os “human rights”, em uma concepção muito mais ampla que a de um direito que se limita a meramente disciplinar as relações patrimoniais. Este processo foi nomeado por Canotilho como filtragem constitucional¹⁸, consiste

16 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992. p.04)

17 HESSE, Konrad. Die Normative Kraft Der Verfassung. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. Editora S.A. Fabris, 1991. p. 19.

18 J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”.

em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.

5. Considerações finais

É conclusão natural da análise trazida pelos presentes estudos que Konrad Hesse foi pessoa a frente de seu tempo. Combativo, mas aberto à discussão, pavimentou caminhos que conduziram países como a Itália (1947), Portugal (1976), Espanha (1978) e o Brasil (1988) ao Constitucionalismo Cidadão, que removeu o Governo como estrutura ou poder socioeconômico do centro das relações e dos objetivos legislativos e deu assento à dignidade humana como centro convergente de toda atenção institucional.

Especificamente no caso brasileiro, permeou-se o processo Constituinte de 1988 de vontade de Constituição, exatamente aquela vontade já preconizada pelo escritor alemão em 1959 em sua aula inaugural de Freiburg. Por distante que possa parecer, há íntima ligação entre os princípios constitucionais que fervilharam durante a constituinte e as ideias apresentadas por Hesse em contraponto a Lassalle. Questões relevantes como a reforma agrária, direito a moradia digna, sistema de saúde público universal, educação em todas suas etapas, e tantas outras manifestadamente propostas e protagonizadas por populares, tornaram-se parte componente do texto constitucional que, reconhecidamente incompleto, foi, no decurso das mais de 3 décadas que se sucederam, adaptando-se e reinventando-se pela via legislativa e pela própria interpretação. Ademais, casos como a declaração de atipicidade do aborto de

fetos anencefálicos, que se deu na ADPF 54 de 2012¹⁹, ou mesmo o julgamento que julgou constitucional a Lei Maria da Penha²⁰ são emblemáticos de demonstraram a determinação dos poderes da República em tutelar a liberdade e princípios norteadores do Direito manifestos na Constituição Federal.

A história demonstra, com fatos concretos, que não há navegação sem os solavancos naturais das marés, como não haverá mar calmo na condução da “res publica” justamente pela pluralidade de ideologias, pensamentos e demandas que se insurgem de forças constituintes e constituídas nas relações de poder. No entanto, como muito bem colocado por Hesse, nada pode se opor, nem mesmo a Constituição, à vontade popular e à vocação natural do povo que é, enfim, a liberdade.

Referências

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

CANOTILHO, J.J.G. Direito Constitucional. 5ª. Ed. Coimbra; Almedina, 1991.

CANOTILHO. J. J. Gomes e VITAL Moreira, Fundamentos da

19 ESTADO - LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ MULHER LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA SAÚDE DIGNIDADE AUTODETERMINAÇÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS CRIME INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefálicos ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 12/04/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013)

20 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA LEI Nº 11.340/06 GÊNEROS MASCULINO E FEMININO TRATAMENTO DIFERENCIADO. O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros mulher e homem, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. COMPETÊNCIA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA LEI Nº 11.340/06 JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER. (STF - ADC: 19 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/02/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 PUBLIC 29-04-2014)

Constituição. Coimbra, Ed. Coimbra, 1991.

FERREIRA, Gilmar Mendes. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018. P. 505

FRIEDRICH, C.F. la democratize Constitutionelle. Paris. 1958.

HESSE, Konrad. Die Normative Kraft Der Verfassung (tradução de Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre. Editora S.A. Fabris, 1991.

MARRA, Realino, La ragione e il caso. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Editora Campus. Rio de Janeiro, 1992.

MELLO, Jose Celso de. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

SARNEY José. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018.

TOFFOLI, José Antônio Dias. 30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições/ organização José Antonio Dias Toffoli. – Rio de Janeiro; Forense, 2018.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia. Roma: Editora Einaudi, 1992.

Foucauldian systems for a theory of validity of law

Marco Ribeiro Henriques ¹

Content summary: Introduction, 1.The law and power relations in Foucauldian theory: The validation of the norm for the reconfiguration of the *ius puniendii* of the sovereign state, 2. conclusion. references.

Abstract: The narrative on power and norms is descriptively analysed, distinguishing for that purpose between the individual systems in the approach of the author - the prison - that Michel Foucault treated as an example of the disciplinary institutions (after the manner of Goffman) that seek in the Foucauldian theory to mould the body and the soul of citizens with the ultimate aim of regenerating such citizens according to a set social model. This paper proposes a marginal approach to the institutions of power understood by us as power apparatuses articulating the relations between the production of knowledge, norms, and modes of exercising and validating law in Foucauldian theory. However, the history of narratives and concerns about crime and punishment does not coincide with the history of actual penal security and coercion practices. If, on the one hand, the penal paradigms used the discourses produced by the social sciences to legitimize their forms of power, the State activates its own devices on the other, and not always in accordance with the current paradigms. This paper seeks to lend weight to the descriptive analytical methodological aspects of the author's thinking regarding the prison system as a mechanism correlating forces between the law and norms. The paper concludes that applying Foucauldian theory to the question of whether we should continue to be integrated in a disciplinary society or if, perhaps, this is an outdated normative paradigm.

Keywords: prison, institution, law, power, norms.

1 NOVA School of Law

Introduction

Montesquieu², considered by some as the founder of the sociology of law, in his work, “On the Spirit of Laws” published in, dating from 1748, levels strong criticism at the French society of his day, reflecting in a controversial way the contemporaneity of the role of religion in the social and political organization of societies during this period. Greatly inspired by Montesquieu, the contributions of Cesare Beccaria³, economist and prominent jurist as regards classical criminology, relate mainly to the penal reform proposals advanced in his work “On Crimes and Punishments” first published in 1764, aimed at the reduction of cruelty of the punishments that occurred at the time and the progressive elimination of the death penalty⁴.

The major innovations introduced by its deterrence theory are related to a certain urgency that would later establish the reconfiguration of social classes. Beccaria’s message was, moreover, the most appropriate message for his time and for the interests of the bourgeoisie, which emerged as a powerful social group.

This social urgency of retaliation took on its most violent forms with the emergence of forms of collective punishment, such as lynching and stoning, and even the death of the condemned, considered as one of the oldest methods of punishment. During the Middle Ages the Catholic Church exerted a strong influence in all social spheres, in a strongly hierarchical context which resorted to harsh measures of social control, particularly as it related to the vigilance of the religious belief of individuals, and at other times

2 1689-1755

3 1738-1794.

4 This current of thought is inspired by the thinkers of the Social Contract (Hobbes 1588-1678, Montesquieu 1689-1755, Voltaire 1694-1778 and Rousseau 1712-1778) and comes to defend certain principles considered innovative at the time, such as the prevention of torture of the accused, in line with the purpose of sentencing not being to punish, but rather to prevent recidivism by having the sentence serve as a public, prompt and necessary example, even if the accused could not ever be considered guilty before being convicted.

before its economic organization, to the detriment of the religious institution, was the dominant driving force in formulating punitive models. Corporal punishment worked as a central punitive apparatus for the maintenance of social order and for the manifestation of power before Foucault's modernity.

Michel Foucault analysed the phenomena of torture and the tendency towards a gradual disappearance of the tortures and, above all, their social visibility, taking various forms, culminating in the hanging and the guillotine, devices that also resorted to the public exposure of the condemned as mechanisms of punishment, the use of which was progressively reduced at the same rate as they were being created⁵.

Until the mid-nineteenth century, the main form of punishment for deviations from social conduct was to put people in dungeons, to whip them, to brand them with hot irons or to hang them, while prison was mainly a procedural mechanism between detention and the execution of the sentence, usually carried out in the public eye, in front of large crowds.

The notion and practice of exile, in turn, is considered by some authors as the origin of formulating the temporality of prison as effective punishment. Building on the various missions that both modes of punishment feature, prison ultimately serves as exile for the removal of the criminal from the community, thus restoring the general sense of security; as a deterrent to committing a crime; as an expression of social condemnation and retaliation, and as the possibility of understanding punishment as a reformer of the individual, although to an extent, it promotes their incapacitation as a social being.

5 "The guillotine, used from March 1792, is the machine adapted to such principles. Death is thus reduced to a visible, but instantaneous event. Between the law, or those who execute it, and the body of the criminal, contact is reduced to the duration of a bolt lightning. Physical affronts no longer occur; the executioner only has to behave as a meticulous timekeeper (...) Almost without touching the body, the guillotine removes life, just as the prison removes freedom, or confiscation removes one's belongings (...)" In this regard, cf. FOUCAULT, M. (2009 [1975]). *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. Petrópolis: Editora Vozes. p. 18.

Other perspectives understand that the origin of the prison dates back to the typical asylums of the late sixteenth and early seventeenth centuries⁶. Along with the maintenance of the practices of exile, these “workhouses” or the Spanish “galleys” spread all over Europe during this time to house mainly individuals without means of subsistence, since the crimes considered serious continue to be punished by public whipping, or even by death by execution, as already mentioned.

Far from public visibility, the conditions under which this significant part of the population lived were not the target of social concern, reaching states of enormous degradation.

Miguel Romão, in “Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal” (Prison and Penitentiary Science in Portugal) published in 2015, begins by analysing the fact that the conditions for the creation of a penitentiary system in the Portuguese context only arose one century after its emergence in other European countries, which will have led to its more critical incorporation, and which gave rise to very clearly delineated contours between the various implementations.

Analysing the second half of the nineteenth century and the first half of the twentieth century, Romão stresses that the most relevant aspect in this period of the history of the Portuguese penal system was precisely the political need to maintain its colonies, which legitimized deportation as the most common form of condemnation until at least 1930, according to the author.

Exploring the way in which, in the Portuguese case, the dominant European tendencies were contradicted, whether due to the intensive use of the penalty of deportation until quite late or by the fact that there has never been effective recourse to this type of “stronghold”, this author argues that these factors will have been

6 “Modern prisons have their origin, not in the chains or dungeons of the past, but in the asylums. In most European countries, these date from the seventeenth century, having been established in the period when feudalism began to collapse (...) They also became places where other groups were interned if no one else was available to take care of them: the sick, old, crazy, or mentally handicapped.” In this regard, cf. GIDDENS, A. (2000 [1989]). *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. p. 232.

decisive for the implementation of a penitentiary model with singular contours, since in Portugal the influence of this disciplinary tradition typical of the “prison factory” was not retained, and which was derived mainly from continued experience of these “workhouses” in other countries such as France.

If in these other social realities an analysis was justified that deconstructed the moral sense underlying the reforming impetus of the condemned, which functioned more as a professional requalification, this would not have been the case in the Portuguese context in Miguel Romão’s view. The consolidation of the new penitentiary model, in the terms in which it was constituted, owes its origin to the influence of a moralizing perspective, which determines that confinement itself is the punishment aimed to enforce moral and social redemption, which is imposed on the condemned⁷.

We find here a manifestation of the Foucauldian context of the legal norm dealing with an intersection of research on law that cannot benefit from both the precision and constancy of an object or subject of law that allow a more linear study. We are therefore faced with a fragmentation, which is quite illustrative, moreover, of Foucault’s normative paradigm and, therefore, of the legal object that exemplifies, when speaking of the legal norm, a point of understanding that leads us to construct a conceptual contradiction between law and what Foucault understands by the norm.

For Foucault, the norm does not concern the set of juridical norms responsible for regulating the set of individual and collective rights and duties between a community and which govern the conditions of social coexistence within the legal framework, and in this respect, according to Foucault, we would be speaking of juridical normatization⁸.

The analysis of Michel Foucault’s work shows that the author intends primarily to provoke discussion about how the relation

7 In this regard, we follow ROMÃO, M. (2015). *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina.

8 GIDDENS, A. (2000 [1989]). *Sociologia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian

between power, law and truth in organized in a society, in a concept of autopoietic systems constituted by precepts of law, apparatus of power and effects of social truth.

The term “power” in the Foucauldian approach refers to the essence of the relations of force that constitute the structure of this power. Their greatest concern is not the genesis of institutions of power, but knowing how institutions and networks of power have been able to form at a particular historical moment in society.

Now, in the presence of this systematic theoretical deconstruction, and in the sense of pursuing fundamentals that guide the meaning of law for the author, we are called to embark on a discursive course in which the normative precepts of law, are, in truth, glimpsed in a plane of elastic wholeness, as a legacy of the contractual pact established between citizens and the State, with respect to a political narrative that seeks to guarantee juridical equality between parties to the pact as a valid mechanism to promote the effectiveness of the Social Contract of which Rousseau spoke.

Thus, with regard to the paradigm of systems of normalization, Foucault understands that the observation of the relation between knowledge and power, or between truth as knowledge, and can perceive that at the level of relations between individuals in the various extracts of the community, especially between the various institutions created in Western modernity such as schools, prisons, hospitals and factories, etc., are developed in various planes of asymmetry between citizens and power, which only strengthens the relations of the dominant and disproportionate position between the power of the State and the obedient citizen.

Nevertheless, we find in this example an unequivocal articulation between norm and law, so that the former functions as the form in which the power studied by Foucault, that is, that *ius imperii* that works in a network almost invisibly, passing through all individuals without being appropriated by any particular citizen, nor located in fixed points, thus becomes transmissible as a relation

of power to characterize what constitutes the distinction between people called normal and abnormal.

Indeed, seeking to identify the image of a normalized or normalizing law of the individual in Foucauldian thought, and thus seeking a compendium of studies on law, will certainly not be the best path to follow for analysing Foucauldian theory. We therefore seek to identify some of the author's perceptions regarding the implications of the social practices of the norm and the institutional practices of power and legal knowledge.

In this sense, we can corroborate with the author that a study of prisons, as a material paradigm of the *ius imperii* of the legal power, is understood as the power of the State, demonstrates how law protects the norm as a process of autopoietic construction of human behaviours as normal, a phenomenon that Foucault comes to delimit historically from modernity onwards.

His work "Discipline and Punish: The Birth of the Prison" is a book which marks a new orientation for Foucault's research, although we can still speak of the same line of thought and philosophical narrative.

The analysis of the birth of the prison allows the author to have as a more direct objective of analysis, whose object has not yet settled into its historical space, that is, the narrative formations of power, developing for such an analysis of the power from the analysis of the strategic relations that are camouflaged by power.

1. The law and power relations in Foucauldian theory: The validation of the norm for the reconfiguration of the *ius puniendii* of the sovereign state

To speak of equality, especially in the juridical sphere, transports us immediately to the fundamental guarantees that underpin all political, but also juridical, administration in modern States. This consolidation is based historically on the classic political theory of authors such as Hobbes or Rousseau and the founding of the

Social Contract, in a permanent search to legitimize life, property and equality among citizens.

The theory of the Social Contract emerges under the revolutionary conditions in which the victory of the bourgeoisie is anchored; after the French Revolution the bourgeoisie ceased to be the Third Estate, as it was in the ancien regime, and began to assume its place as the ruling class after the deposing of the of the absolutist monarchy, and more particularly, with the rise of industrial and commercial capitalism.

The social reconfiguration thus established created criteria based on which the recognition of the individual, social, economic, political, and civil rights of citizens now enjoyed the legal normativity guaranteed by the rule of law, so that all citizens could maintain unaltered ideals such as democracy, citizenship and peaceful coexistence for the consolidation of the new regime.

This reconfiguration was accompanied by several processes that formed the backbone of organizing the very different population groups who came to inhabit territories bound by borders where external security was provided by armies and where domestic security was provided by the emerging civilian police forces was added.

Populations have shifted their paradigm to a collectivity where the dominant sentiment of a community unit prevailed among people of the same nation. It was now an organization maintained through the collection of taxes by the State, through the use of the legitimate force by the State to guarantee this payment of taxes, with recourse to the organs of security and justice carried out through prison institutions that now guaranteed enforced punishment of the offenders.

Having arrived at this point, we can now explain how, starting with Foucault, in a commentary focused not on the empire of the force of power, that once we have observed the various institutions in modernity in their organizational structures now included in social

models that condition them, we realize that to guarantee equality among individuals in the juridical sphere, it will be necessary to develop supra-juridical elements created by power for the validation that is intended to ensure in the existence of a positive inequality between the very subjects that agree a pact to live in an egalitarian way according to the tenets of a hypothetical social contract.

It is in this scale of power that there is little relationship to an institutionalized State, which is recognised by a decentralization of the juridical space that in this conception, also ends up expanding itself via the disciplinary institutions where a larger juridical dimension subsists, into an amplification the Law—power—and in the right to admonish, if not always the body, at least the spirit of condemned persons by moulding them to the norm⁹.

Thus, we would mention that the norm anticipates the juridical normativity itself, since, for the various disciplinary institutions, the system starts to operate in punitive regimes that serve the function of dissolving the derivations in the conduct of citizens, removing those who do not fit into what society as a whole prescribes.

Foucault indicates that the existence of a normalizing punishment imbued with repression of the State received by the subject would be the instrument by which the individual is moulded to the set of rules and behaviours expected of its citizens and valued within this imperative of normative homogenization.

Here, in line with doctrine that has been functioning per the Foucauldian phenomenon, we speak of the positivity of the norm, which according to these authors did not propose to apply suffering or direct atonement but would return to the valorisation of the subjectivity of the conduct, and behaviours in order to mould them to the standard desired by law – power.

In this sense, based on the above, we can affirm that juridical practices and knowledge work for Foucault as political subjects that act in the normalization required of individuality to be soci and

9 DÜWELL, M. [et. al.]. (2014). *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.

of its presuppositions.

Self-regulation began to follow the citizens life centred on discipline, even though power does not intend to directly regulate these institutions, but through regulations and other legislative acts it makes an individual political escort for each citizen possible, and through these written rules enables them to know the effectiveness and value of the legal norm in the normatizing process.

Thus, in the light of the penitentiary institution and in order to take on the function of controlling individuals to the level matching the danger they present, a huge succession of institutional and political structures is developed to tame individuals throughout their existence.

A whole institutional network of the State consists of power that is not judicial, but that proposes to perform the functions that the law has assigned itself in this historical context as if the function were to correct the virtualities of the individuals and not merely to persecute the infractions by individuals.

The consequences of attempting to rectify the offenses of subjects in disciplinary institutions can be analysed through rather complex social mechanisms. The effects are felt corporally long before reaching the consciences of the subjects, and historically, they have been converted into diverse forms of subjection of the bodies to power. In Foucault's narrative, humans are first and foremost the object of the powers of the sciences and institutions.

To continue in this vein, a normative truth has been produced to explain the legitimacy of a plural existence of individuals such as the psychiatric patients, homosexuals, prostitutes, blacks, delinquents, the poor, historical phenomena and labels created by the norm that began to be considered in a naturalized perspective of society as it was then.

Thus, scientists saw the unemployed as a vagabond, and perhaps a potential criminal, and the criminal as an innately abnormal creature, instead of someone who had committed a crime because

of social circumstances. The prostitute, in turn, was not understood as someone with no other alternative of survival beyond the sale of her own body, much less as a woman who had opted for such a stigmatized occupation of her own free will, and was therefore seen as a woman who sexually ill¹⁰.

If, therefore, the juridical utopia of contractual humanism, as the author indicates¹¹, conformed to a society characterized by an era of rights, these attempts nevertheless did not extend to all subjects in order to legitimize a universality in the real field of social practices in a life governed by freedom and happiness, if not equal, at least equal among all individuals.

As Michel Foucault invites us to do, when he refers to modern man and his top position between the spectrum of the legal and the world of political narrative, his intention is to confer on these juridical subjects a model discipline, latent in all individuals, and have us believe that legal persons are noted for their concrete, real and natural core, and defined in Goffman's terminology as disciplinary individuals.

This game between the juridical individual and the disciplinary individual supports, we believe, the humanist discourse that permeates the entire Foucauldian narrative of the power society, in an oscillation between the juridical subject, an ideological tool for the sustaining of power, and the disciplinary individual, as an instrument of its material exercise.

In this oscillation between the power that is claimed and the power that is exercised, metaphysical creation subsists in an access to the material reality of those we call human beings.

2. Conclusion

For social systems, now accepted as valid, the prison door opens and closes possibilities. It is, in any case, a place where there

10 DÜWELL, M. [et. al.]. (2014). The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press.

11 Also mentioned in MISKOLCI, R. [et. al.]. (2006). O Legado de Foucault. São Paulo: UNESP. pp. 41 ff.

are strong tensions that must be discussed by the whole community.

To an extent, the history of punishment was constructed from the inside out. Prison is built, erroneously, from a microscopic examination of punitive mechanisms. Over time, this perspective has given way to the affirmation of a tendency that favours the thinking of these themes in macro-social terms, believing that a panoramic view of historical contexts contributes to better accounting for the everyday logic and social practices that shape institutions.

This dialectic is also in line with the observed tendency of social control mechanisms, which are originally designed to combat crime, being later extended to civil society. This reinforces the importance of framing them in a context that transcends the prison domain, and the criminal justice system.

However, the history of narratives and concerns about crime and punishment does not coincide with the history of actual penal security and coercion practices. If, on the one hand, the penal paradigms used the discourses produced by the social sciences to legitimize their forms of power, the State activates its own devices on the other, and not always in accordance with the current paradigms.

Rather than suggesting a chronological guideline, through which studies on the prison system are indicated as innovative or recent, it should be noted that perplexity in the face of the invisibility of the system in general and of the prisoners in particular appears, after all, to be contemporaneous with “Discipline and Punish: The Birth of the Prison” by Michel Foucault.

It was, in fact, the decade that triggered and made possible a deeper questioning about prisons and their professionals. This makes it possible to conclude that this absence is not justified by an alleged delay or slowness to include all prison staff in prison studies, but rather by the fact that the issues embraced have been removed or overshadowed by emphasis on other subjects.

An analysis of the history of discourses or narratives on

punishment demonstrates that not only do they develop based on an interdisciplinary tradition, but often they do not coincide with existing contemporary institutional practices and models at the time.

On the other hand, they have also distanced themselves from the subjectivities produced on them. The late awakening of jurist-historian interest in prisons, associated with the emergence of a social history and later, alongside it, of a history starting with the most fragile, was largely related to crises of institutional legitimacy and contexts of social revolt that have been developing since the 1970s, and have given rise to civic movements challenging the conditions and effects of imprisonment, one of which was founded by Michel Foucault himself.

With “Discipline and Punish: The Birth of the Prison” the discipline of social inequality and stigma were established as the basic analytical axes for prison studies.

An articulation between the reflection against the disciplinarization of knowledge and the subject of prisons cannot fail to be taken into account, since the forms of social control are based first, as Foucault explored, on language itself. Foucault thought of the disciplines as a form of imprisonment of knowledge and/or colonization of thought.

Following on from this, the obvious interlocutory concepts in this paper of entry, closing and opening respectively, aim to dialogue with the awareness that institutional languages themselves, both within the scientific realm and that of everyday prison life, either welcome or are victims, derived from the same logic of social control whose analysis and deconstruction have been attempted here.

Viewed as an apparatus, language reinforces the view of the social sciences as instances of the production and subjectivation of individuals, who thus become themselves transformed into governing mechanisms. Now recognized as processes of desubjectivation of a spectral subject that arises in opposition to

a real subject, we are witnessing the transition from a disciplinary society to a security society, which focuses on risk management based on crime prevention, instead of on punishing crime.

This intervention is no longer intended to be aimed at the subjects, rather it is unfolding towards specific populations, often marked by contexts of social exclusion.

In short, it is noted that since prisons came into being, and as such were understood as an effective punishment, their limitations have been recognized both socially and by professionals who manage them.

It is important, however, to go back in time to understand the complex relationship between this type of punishment and the social notions of crime that have been formulated and consolidated at different periods in history, especially, during a particular period when there was a wealth of contributions made by the social sciences.

As discussed, the birth of the prison is contemporaneous with the emergence or affirmation of the social sciences, so they have always exerted a strong influence on the realities and the subjects on which they are based, although in an integrated process with the other spheres of power in the western society, such as politics, economics, religion and even technology, which has always asserted its role in formulating the concrete modalities of punishment exercised by the State.

Thus, it is assumed that the penitentiary system reflects a society, or is like a mirror of the community that supports it, depending largely on available resources, but also on the legitimacy of the State apparatus and prevailing ideology and culture.

From the work of Michel Foucault and although this study has not confined itself specifically to the delimitation of arguments on normative law, it does invite the possibility of contemplating the law as a toolbox for the propagation of narrative processes, and Foucauldian systems, which tilt the law and legal principles towards

the spreading of power.

Through this prism, power would not be included in the law, only in a conceptual perspective of law, from which we can speak of an opposition between the law and the norm, because, in practice, the norm and law end up touching on the plane of the subject.

Such a proposition refutes, for us and in this sense, the norm as a juridical construction with the purpose of a generalized perception of a set of precepts that conjugated juridically among themselves would be normatization.

Thus, we can affirm that the normalization referred to by the author refers to the systems that interact in a contraction of forces, within the disciplinary establishments, the administration of acceptable conducts that relegate all other undesirable behaviours within a community to a regime of normalizing sanctions.

To point out, when we observe the dispersion of the norm in western society, that juridical equality between individuals of the same collectivity can only be reached through the correlation of materially normative forces, in a reversal of analysis of the relations of power in modernity, and does not guarantee a principle of equality, since normalization prescribes a dichotomy that transforms the different into unequal, with special focus on the making of a trained subject to be moulded to the productive system intertwined in the said power relations.

Thus, when we look at dominant institutions such as those that make up the prison space and follow Michel Foucault's motto, it can be asserted that prisons as disciplinary institutions par excellence create narratives and theoretical displacements that defy the law.

As we move toward the concluding remarks of this paper, one other idea that is fundamental to underscore is how punitive methods, whether imprisonment, torture, execution or other punishments, were used in an overlapping and non-evolutionary way, to the extent that some of the most remote models still exist today in some countries of the world.

The passage from using some forms of punishment to others was always gradual and not always definitive, yet each moment was defined in close articulation with the broader social transformations of its time and the rationality that these would prevail, but maintaining overlapping systems which survive through the application of dominant models.

Finally, it is also important to note that the immobility and even the naturalization that a relatively recent institution such as prison has conquered is indicative, and that it continues to confront the diversity of modalities and configurations it puts forward, despite the rigidity of the problems that seem to fit socially.

Although an undefined object in the Foucauldian perspective, the law is always present in his theoretical thinking; it collaborates deeply to maintain predominance, social segmentation and normative prejudice, and works the processes of conformation of a regime that establishes distinctions between subjects belonging to the same community. For us, such a notion is diametrically opposed to the principle of equality.

References

DONNELLY, J. (2013). Universal human rights in theory and practice. 3^o ed. New York:

Cornell University Press.

DÜWELL, M. [et. al.]. (2014). The Cambridge Handbook of Human Dignity.

Interdisciplinary Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press.

FOUCAULT, M. (2009 [1975]). Discipline and Punish: The Birth of the Prison. Petrópolis: Editora Vozes.

_____. (1999). Microfísica do Poder. Rio de Janeiro: Graal.

GIDDENS, A. (2000 [1989]). Sociologia. Lisboa: Fundação Calouste

Gulbenkian.

ROMÃO, M. (2015). *Prisão e Ciência Penitenciária em Portugal*. Coimbra: Almedina.

MIETH, R. et al. (2014). *The Cambridge Handbook of Human Dignity. Interdisciplinary*

Perspectives. Cambridge: Cambridge University Press.

MISKOLCI, R. [et. al.]. (2006). *O Legado de Foucault*. São Paulo: UNESP.

PETERSILIA, J. (2003). *When Prisoners Come Home: Parole and Prisoner Reentry*.

USA: Oxford University Press.

A Eficácia e os Impactos das Medidas Cautelares no Conflito em Nagorno-karabakh

The Effectiveness and Impacts of Interim Measures on the Nagorno-Karabakh conflict

Silvio Leite Guimarães Neto¹

Luis Felipe Brito Herdy²

Sumário: Introdução; 1. Contextualização fática e jurídica; 2. Discussão sobre o caso; Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: Carl von Clausewitz alvorece o tratado “Da Guerra” (1832) com a sua definição do fenômeno da guerra: “um ato de força para obrigar o nosso inimigo a fazer a nossa vontade”³. Alguns fatores fornecem contrapesos à execução absoluta da força na guerra enquanto um fenômeno humano, limitando-a em seu potencial. Entretanto, o Direito Internacional não é contemplado. Clausewitz afirma que “existem certas limitações auto impostas e imperceptíveis à força, que mal merecem ser mencionadas, conhecidas como legislação e costumes internacionais, mas elas pouco a enfraquecem”⁴. Não precisamos nos engajar em vultuosa adesão às considerações de Clausewitz para dele derivar um ceticismo analítico quanto ao papel do Direito Internacional em impedir ou encerrar guerras. Neste sentido, o recente conflito entre Armênia e Azerbaijão fornece-nos insumo para pensar sobre a eficácia em questão. Este artigo analisa os efeitos das Medidas Cautelares deferidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em relação ao conflito entre Armênia e Azerbaijão. Para

1 Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Advogado. E-mail: silviolgn@gmail.com

2 Bacharelando em Relações Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Pesquisador Júnior em Grupo de Estudos e Pesquisa sobre o Oriente Médio (Gepom). E-mail: lfherdy@hotmail.com

3 VON CLAUSEWITZ, Carl. Da Guerra. Tradução para o inglês, Michael Howard e Peter Paret. Tradução do inglês para o português, CMG (RRm) Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Rio de Janeiro, 1984. 857p.

4 Idem, ibidem, p. 75.

tanto, apontamentos referentes ao processo histórico de ambos os países deverão ser efetuados, demonstrando algumas das limitações como derivadas da própria retórica envolvida no conflito atual e historicamente. Ainda, as Medidas Cautelares serão apresentadas e discutidas tendo em vista as suas dinâmicas jurídicas específicas. Desta forma, pretendemos analisar a eficácia destas no caso descrito, envolvendo limitações e possibilidades de fortalecimento, bem como os aspectos em que estas de fato exercem uma função.

Palavras-chave: Medidas Cautelares; Direito Internacional; Direitos Humanos; Conflito.

Abstract: Carl von Clausewitz dawns the treatise “On War” (1832) with his definition of the phenomenon of war: “an act of force to compel our enemy to do our will”. Some factors provide counterbalances to the absolute execution of force in war as a human phenomenon, limiting it in its potential. However, international law is not contemplated. Clausewitz states that “there are certain self-imposed and imperceptible limitations to the force, which hardly deserve to be mentioned, known as international legislation and customs, but they do little to weaken it”. We do not need to engage in strong adherence to Clausewitz’s considerations to derive an analytical skepticism about the role of international law in preventing or ending wars. In this sense, the recent conflict between Armenia and Azerbaijan provides us with input to think about the effectiveness in question. This article analyzes the effects of the Interim Measures granted by the European Court of Human Rights (ECtHR) in relation to the conflict between Armenia and Azerbaijan. Therefore, notes regarding the historical process of both countries should be made, demonstrating some of the limitations as derived from the rhetoric involved in the current and historically conflict. Furthermore, the Interim Measures will be presented and discussed in view of their specific legal dynamics. In this way, we intend to analyze their effectiveness in the case described, involving limitations and possibilities of strengthening, as well as the aspects in which they actually play a role.

Keywords: Interim Measures; International Law; Human Rights; Conflict.

Introdução

Embora a história compartilhada pela Armênia e pelo Azerbaijão transcenda a disputa territorial em Nagorno-Karabakh, e a subsequente guerra travada entre 1988-94, é inegável que, nas últimas três décadas, as relações internacionais desses países, tanto entre si quanto com terceiros, foi influenciada pelo desfecho desse embate, o qual, além de contribuir para o atual cenário geopolítico no Cáucaso, foi decisivo para a eclosão do conflito em 2020. Este último confronto serviu para explicitar certas adversidades que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) enfrenta ao lidar com assuntos interestaduais. Dentre estas, destacam-se aquelas relativas às Medidas Cautelares deferidas pelo TEDH a partir de Requerimentos Interestaduais formulados em situações de conflito. Nestes casos, um Estado Contratante, com base no artigo 33º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), aciona o Tribunal em face de outro, pugnando que, contra este, seja deferida uma Medida Cautelar, nos termos da Regra 39 do Regulamento do TEDH⁵. Apesar de deferente aos preceitos do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, esse tipo de atuação exporia que o TEDH teria sérias limitações quanto à efetiva implementação de suas Medidas Cautelares, as quais, sem a aquiescência e cooperação dos Estados envolvidos, acabariam como providências inaptas a ter qualquer repercussão no plano fático. Além disso, acrescenta-se que, repetidamente, as Medidas Cautelares teriam adotado uma linguagem vaga, sido desprovidas de determinações precisas às partes e, por fim, soado como um rele memorando aos Estados envolvidos, lembrando-os de cumprir seus deveres de proteção aos Direitos Humanos. Essas constatações seriam um temeroso prospecto quanto à

5 Cf. artigo 33º da CEDH (Convenção Europeia de Direitos Humanos: Conselho da Europa, 2013. Disponível em: <<https://bityli.com/tgCKs>>. Acesso em: 29 dez. 2020) e Regra 39 do Regulamento do TEDH (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Secretaria do Tribunal, 2018. Disponível em: <<https://bityli.com/G9cpV>>. Acesso em 30 dez. 2020).

erosão da credibilidade do TEDH, o qual, apesar de razoável, deve ser ponderado com o argumento de que as Medidas Cautelares teriam um papel comunicativo. Nestes termos, seria possível arguir que, apesar de não implementadas nos termos deferidos pelo TEDH, as Medidas Cautelares poderiam influenciar a percepção da comunidade internacional, consolidando determinada narrativa dos fatos e avançando a credibilidade política da causa de uma parte em detrimento daquela defendida por outra. Enfim, a partir destas linhas argumentativas, o presente artigo almeja analisar a eficácia e os impactos das Medidas Cautelares no conflito em Nagorno-Karabakh.

1. Contextualização fática e jurídica

Ainda que a totalidade da história compartilhada por Armênia e Azerbaijão eclipse o conflito travado pelos dois países no alvorecer

do Século XX⁶, é inegável que o resultado deste embate⁷, assim

6 Para introduzir tal tema, vale dizer que “armênios e azerbaijaneses não foram sempre inimigos. Eles viveram misturados no Cáucaso Sul por séculos, e tensões políticas sérias entre eles são relativamente recentes em termos históricos” (DE WAAL, Thomas. *The Caucasus: an introduction*. Oxford: University Press, 2010). Ainda assim, a correlação entre Armênia e Azerbaijão, em termos culturais, é também simultânea a diferenças étnicas, linguísticas e religiosas (ARMEN, Khachikyan. *History of Armenia*. Yerevan: Edit Print, 2010; BOLUKBASI, Suha. *Azerbaijan: a political history*. London: I.B. Tauris, 2011, 229p). Contudo, cabe salientar que, mesmo hoje, “armênios cristãos ainda se dão bem com os azerbaijaneses xiitas do Irã e as duas comunidades vivem lado a lado sem problemas na Geórgia” (DE WAAL, Thomas. *Black Garden: Armenia and Azerbaijan through Peace and War*. New York: NYU Press, 2013, p. 309). A Província de Karabakh tem sido o “ponto mais sensível nas relações entre os dois grupos nacionais”. (Idem. *The Caucasus: an introduction*, op. cit., p. 101). Afinal, nos últimos duzentos anos, movimentos nacionais modificaram as estruturas de diversos contextos políticos ao redor do mundo (HOBBSAWM, Eric. *Nações e Nacionalismo desde 1780*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991) e o caso em questão reflete estas dinâmicas: “No final do Século XIX, o declínio do império czarista e os novos movimentos nacionais de Armênia e Azerbaijão inevitavelmente levaram ambas as comunidades ao conflito em Karabakh e outros locais” (DE WAAL, Thomas. *The Caucasus: an introduction*, op. cit., p. 102). Em 1905 e 1918-20, a região foi arena de uma brutal guerra civil, passando, após a Grande Guerra, ao controle bolchevique. E foi precisamente durante a ocupação soviética que boa parte das questões referentes à rivalidade entre armênios e azerbaijaneses intensificou-se (BROERS, Laurence. *Armenia and Azerbaijan: Anatomy of a Rivalry*. Edimburgo: Edinburgh University Press, 2019. Disponível em: < <https://bitly.com/pOTGu> >. Acesso em: 15 nov. 2020). Percebe-se uma querela ao redor da posse de Nagorno-Karabakh. A população da região à época era de absoluta maioria armênia (94%), e a decisão soviética de atribuí-la ao Azerbaijão Soviético não passou despercebida. Ao lado das administrações soviéticas de Armênia e Azerbaijão, emergem como parte da contenda os próprios armênios da Província (idem, *ibidem*, p. 102). Nesse sentido, aponta-se que “quando armênios e azerbaijaneses discutem sobre a questão de Nagorno-Karabakh, eles tendem a falar menos sobre Direito Internacional e levantar questões viscerais do passado, do pertencimento e de ‘quem estava lá antes’” (idem, *ibidem*, p. 106). A ideia de “primeira ocupação” perpassa uma busca por heranças étnicas, como inscrições alfabéticas e construções. Em relação ao Direito Internacional, os azerbaijaneses citam a ideia de integridade territorial, considerando-se sucessores do Azerbaijão Soviético, devendo “retomar a jurisdição sobre o local” (idem, *ibidem*, p. 106). O ápice do conflito ocorreu no fim da década de 1980, com petições apresentadas à Moscou para transferir a região disputada à Armênia Soviética. Em 1988, armênios de Nagorno-Karabakh, iniciaram um movimento crescente para aderir à Armênia, intensificando o conflito, com um referendo popular local aprovando a adesão. A repressão soviética foi rigorosa neste momento, também ampliando a rivalidade. Eventualmente, a União Soviética esfacelou-se, transformando o que antes constituía uma disputa interna em uma interestatal (PLOKHY, Serhii. *The Last Empire: The Final Days of the Soviet Union*. New York: Basic Books, 2014).

7 Com o melhor preparo de condições militares, a Armênia saiu vitoriosa da guerra, porém, mesmo com o fim desta, em maio de 1994, não houve paz na região. Neste sentido, ressalta-se que a coordenação da mediação do conflito foi profundamente limitada, tanto entre os atores envolvidos quanto entre externos (PLOKHY, Serhii. The

como o subsequente status quo na geopolítica daquela região, foi um fator fundamental para a eclosão de um novo conflito em setembro de 2020⁸. Quase dois meses após o início dos confrontos, depois de tentativas malsucedidas de apaziguamento e da instauração de uma querela jurídica perante o TEDH, a Rússia finalmente mediou um cessar-fogo, o qual foi assinado pela Armênia e pelo Azerbaijão no dia 10 de novembro de 2020, em Moscou.

Iniciando a abordagem do caso, aponta-se que, em 28 de setembro de 2020, a Armênia acionou o TEDH e protocolou um Requerimento Interestadual (nº. 42521/20), no qual pugnava pelo deferimento de Medidas Cautelares em face do Azerbaijão⁹. No dia

Last Empire: The Final Days of the Soviet Union. New York: Basic Books, 2014). Ademais, consequências diretas do conflito envolveram bloqueios de comunicações, estagnações e desperdícios econômicos (DE WAAL, Thomas. *Black Garden: Armenia and Azerbaijan through Peace and War*, op. cit., p 353). A resolução internacional também encontrou uma série de percalços. Por Armênia e Azerbaijão serem ambos membros da ONU, OSCE, Conselho da Europa e participantes da Associação Oriental da União Europeia e da Parceria para a Paz da OTAN, o conflito foi difundido internacionalmente, dificultando às organizações internacionais tomarem lados entre os dois Estados-membros. Com o cessar-fogo de 1994, a presença armênia na região manteve-se e Nagorno-Karabakh passa a se auto intitular como uma república. Ademais, em 1994, os armênios mantiveram uma ocupação de áreas reconhecidamente do Azerbaijão, com o intuito de ligar Nagorno-Karabakh ao território da Armênia. Além da situação política e jurídica citada, a região contém importância em termos de gasodutos e oleodutos, envolvendo contornos econômicos para o conflito (BROERS, Laurence. *Armenia and Azerbaijan: Anatomy of a Rivalry*, op. cit., p. 16).

8 Nessa ocasião, as atividades militares teriam sido iniciadas a partir de ataques do Azerbaijão contra posições armênias em Nagorno-Karabakh. O Azerbaijão entende que a região está incluída em seu território desde a independência e, mais do que isso, vê-se como legítimo possuidor, mobilizando, para tanto, retóricas associadas à “primeira ocupação”. Assim, demanda a retirada da presença armênia de seus territórios. Segundo a perspectiva da Armênia, tal incidente reacendeu a urgência quanto à necessidade de autodeterminação dos armênios naquela região, agravada por preocupações com aspectos históricos, tal como o temor de um genocídio cultural, e intensificada pelo apoio da Turquia ao Azerbaijão (GUIMARÃES, Thayz. ‘Nossa reivindicação não é territorial, é de autodeterminação’, afirma embaixador da Armênia. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/iCooy>>. Acesso em: 13 nov. 2020; Idem. ‘Imagine se os armênios declarassem independência em São Paulo?’, diz embaixador do Azerbaijão. *O Globo*, Rio de Janeiro. 15 out. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/9z0NS>>. Acesso em: 13 nov. 2020).

9 Neste requerimento, a Armênia pugnou ao TEDH que a contraparte azeri cessasse os ataques militares direcionados a alvos civis ao longo de toda a linha de contato das forças armadas armênias e Artsakh (o nome armênio para a Região de Nagorno-Karabakh), interrompesse os ataques indiscriminados e refreasse de mirar e

29 de setembro, após ponderar que o conflito ensejava um sério risco de graves violações aos direitos assegurados pela CEDH, o TEDH decidiu acatar o pleito armênio e aplicar as Medidas Cautelares solicitadas¹⁰. No dia 4 de outubro, a Armênia protocolou mais um Requerimento Interestadual por Medidas Cautelares (nº. 43517/20), porém, dessa vez, em relação à Turquia, e, em 6 de outubro, esse novo pleito armênio foi apreciado pelo TEDH, o qual, atento a escalada do conflito, decidiu aplicar novamente a Regra 39¹¹. Em 7 de outubro, o governo turco solicitou ao TEDH que reconsiderasse a decisão acima referida e, no que fosse relativo à Turquia, revogasse a Medida Cautelar deferida no dia anterior, porém

alvejar populações, objetos e assentamentos civis (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Request for interim measures lodged by Armenia against Azerbaijan: Press Release 264, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/sqMJg>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

10 Nesta decisão, com o objetivo de prevenir violações, o TEDH exortou o Azerbaijão e a Armênia a evitarem quaisquer ações, sobretudo militares, que possam violar os direitos que a CEDH assegura à população civil e instou os dois países a cumprirem os deveres assumidos com a Convenção, especialmente aqueles relativos aos artigos 2º (Direito à Vida) e 3º (Proibição da Tortura). Ademais, o TEDH convidou os dois Estados a informá-lo, com a maior brevidade, quanto às providências tomadas para cumprir com as obrigações em matéria de Direitos Humanos (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Court grants an interim measure in the case of Armenia v. Azerbaijan: Press Release 265, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/hvoEW>>. Acesso em: 29 dez. 2020)

11 Na decisão em epígrafe, o TEDH apelou a todos os Estados, direta ou indiretamente envolvidos no conflito, incluindo a Turquia, que se abstivessem de ações que contribuam para violações dos direitos civis assegurados pela CEDH e que respeitassem as obrigações que assumiram em virtude da Convenção (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Court's decision on the request for an interim measure lodged by Armenia against Turkey: Press Release 267, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/HW15t>>. Acesso em: 29 dez. 2020).

tal pleito foi rejeitado pelo Tribunal¹². Em 18 de outubro, a Armênia voltou a acionar o TEDH em face do Azerbaijão, protocolando um Requerimento Interestadual pela expansão das Medidas Cautelares deferidas em 29 de setembro¹³. Em 27 de outubro, o Azerbaijão acionou o TEDH e protocolou um Requerimento Interestadual por Medidas Cautelares (nº. 47319/20) em face da Armênia, nos termos da Regra 39¹⁴. No dia 4 de novembro, o TEDH publicou uma declaração sobre os Requerimentos Interestaduais por Medidas Cautelares relacionados ao conflito em Nagorno-Karabakh, abordando especialmente aqueles protocolados por Armênia e

12 Ante o pleito turco, o TEDH reiterou que a aplicação de Medidas Cautelares é uma ação de urgência, tomada em face de iminente risco de dano irreparável, e expôs que, além de provisória, tal providência não prejudica que a admissibilidade e o mérito do caso sejam posteriormente examinados sob o crivo do contraditório. Ademais, o TEDH esclareceu que a decisão de 6 de outubro foi tomada com base nas provas disponíveis na ocasião, as quais indicavam que Estados Signatários da CEDH estavam, direta ou indiretamente, envolvidos no conflito, e ainda salientou que a decisão em voga não era unicamente direcionada à Turquia, pois abordava todos os Estados implicados. Enfim, após examinar as objeções turcas e considerar a gravidade do conflito, o TEDH entendeu que inexistiam razões para emendar a decisão de 6 outubro ou revogar qualquer parte da Medida Cautelar deferida (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Court's decision on Turkish authorities' request to lift interim measure indicated in the case of Armenia v. Turkey: Press Release 290, 2020. Disponível em: <<https://bitly.com/xZQLI>>. Acesso em: 29 dez. 2020).

13 Ao protocolar esse requerimento, o governo armênio alegou que, nas semanas anteriores, as forças azeris teriam cometido violações ao Direito Internacional Humanitário e aos Direitos Humanos, pois estariam impondo maus tratos aos prisioneiros de guerra e aos civis detidos no conflito.

14 Em suma, o Azerbaijão pleiteou ao TEDH que o Armênia interrompa os ataques militares contra áreas residenciais e infraestruturas civis azeris; cesse todo e qualquer suporte às "autoridades" no territórios azeris sob ocupação armênia; suste o envio de suas forças armadas, assim como de voluntários estrangeiros, ao território azeri; retire suas forças armadas e seus militantes civis do território azeri (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Request for interim measures lodged by Azerbaijan against Armenia concerning the conflict in Nagorno-Karabakh: Press Release 310, 2020. Disponível em: <<https://bitly.com/BsDoV>>. Acesso em: 29 dez. 2020).

Azerbaijão, respectivamente, nos dias 18 e 27 de outubro¹⁵. Em 17 de novembro, o governo turco formulou um novo pedido pela reconsideração da decisão proferida em 6 de outubro e o TEDH, no dia 1 de dezembro, finalmente deferiu tal pleito, revogando as Medidas Cautelares relativas à Turquia¹⁶. No dia 3 de dezembro, as autoridades de Baku pugnaram pela revogação das Medidas Cautelares em desfavor do Estado Azeri, porém tal pleito foi indeferido pelo TEDH, o qual, em 15 de dezembro, asseverou que a decisão proferida em 29 de setembro, interpretada segundo a declaração de 4 de novembro, deve permanecer em vigor em face do Azerbaijão e da Armênia para lembrá-los do compromisso que assumiram perante a CEDH¹⁷.

2. Discussão sobre o caso

Tendo concluído a exposição do caso, é válido esclarecer que, embora possam ser desenvolvidos segundo outros enfoques, os comentários em face das Medidas Cautelares

15 Nessa declaração, o TEDH entendeu que, em relação aos direitos tutelados pela CEDH, as questões suscitadas pelos Requerimentos Interestaduais protocolados em 18 e 27 de outubro já haviam sido abordadas nas decisões anteriores e concluiu que inexistiam razões para aplicar quaisquer outras Medidas Cautelares previstas pela Regra 39 (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Court makes a statement on requests for interim measures concerning the conflict in and around Nagorno-Karabakh: Press Release 314, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/yIhAq>>. Acesso em 29 dez. 2020).

16 Sobre a decisão em voga, o TEDH expôs que, com base na informação fornecida pelo governo turco, relativa à cessação das hostilidades, decidiu revogar as Medidas Cautelares em face da Turquia. Nessa ocasião, o TEDH ainda ressaltou que, quanto ao conflito em Nagorno-Karabakh, permanecem em vigor as Medidas Cautelares implementadas a partir das outras decisões tomadas com base na Regra 39, cabendo destacar aquela proferida no Caso Armênia v. Azerbaijão, em 29 de setembro (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The Court decides to lift the interim measure previously indicated in the case of Armenia v. Turkey: Press Release 349, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/wkh3a>>. Acesso em 29 dez. 2020).

17 Uma vez que, nesse caso, a manifestação do TEDH foi especialmente extensa, recomenda-se a leitura integral da Nota de Imprensa (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. The interim measure indicated in the case of Armenia v. Azerbaijan and Rule 39 proceedings with regard to alleged captives to remain in force: Presse Release 377, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/HAd9n>>. Acesso em 29 dez. 2020).

relativas ao conflito em Nagorno-Karabakh serão tecidos em duas linhas argumentativas: a primeira, de índole crítica, será focada na eficácia de tais providências; a segunda, de natureza apologética, será pautada no papel comunicativo dessas medidas no âmbito jurídico internacional¹⁸. Para iniciar a primeira linha, não é precipitado dizer que, no âmbito da jurisdição interestadual prevista pela CEDH, inexistente um instrumento para compelir um Estado Contratante a cumprir as determinações exaradas pelo TEDH¹⁹. Assim, pode argumentar-se que, na falta de um meio pelo qual o TEDH possa implementar suas decisões, a eficácia das Medidas Cautelares depende de duas condições: primeira, o uso de tais medidas deve ser excepcional, uma vez que ocorre apenas em situações em que danos irreparáveis podem ser causados por ações estatais; segunda, as medidas devem ser claramente identificáveis e as autoridades devem saber exatamente como agir, evitando ocasionar, com tal ação, encargos políticos e financeiros excessivos²⁰. Ao analisar o uso das Medidas Cautelares no conflito em Nagorno-Karabakh, nota-se que a primeira condição foi satisfeita, pois os revezes do embate já são vultosos, tanto em termos de prejuízos materiais quanto em vidas humanas, porém a satisfação da segunda condição ainda estaria pendente. Nesse sentido, não seria um disparate entender que, no caso em voga, o TEDH se limitou a usar as Medidas Cautelares para “lembrar”

18 DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Can the European Court of Human Rights Prevent War? Interim Measures in Inter-State Cases: The University of Liverpool Repository, 2015. Disponível em: <<https://bityli.com/4KPng>>. Acesso em: 30 dez. 2020; Idem. Catch 22: The Interim Measures of the European Court of Human Rights in the Conflict between Armenia and Azerbaijan: Strasbourg Observers, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/iXhZs>>. Acesso em 29 dez. 2020; KRENTSER, Rachel. When All Else May Fail: ECtHR's Granting of Interim Measures in Armenia v. Azerbaijan and Armenia v. Turkey: Michigan Journal of International Law, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/nOef7>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

19 DZEHTSIAROU, Kanstantsin. The European Court of Human Rights and the Armed Conflict Between Russia and Ukraine: Verfassungsblog, 2014. Disponível em: <<https://bityli.com/poJtF>>. Acesso em: 30 dez. 2020; Idem. The Effectiveness of the European Court of Human Rights in Cases of War: ECHR Blog, 2014. Disponível em <<https://bityli.com/5gc7h>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

20 Idem. Catch 22: The Interim Measures of the European Court of Human Rights in the Conflict between Armenia and Azerbaijan, op. cit.

aos Estados envolvidos no conflito de suas obrigações decorrentes da CEDH. Contudo, diferente de meros “lembretes”, as Medidas Cautelares precisam ter um escopo preciso, pois somente assim o TEDH pode exigir que os Estados cumpram os ditames de tais medidas. Afinal, após a ratificação, as Partes Contratantes têm a obrigação de cumprir a CEDH e o TEDH não deve ter que lembra-las disso através de Medidas Cautelares, pois, ao agir de tal maneira, o Tribunal poderia acabar criando a impressão de que os artigos da Convenção só devem ser respeitados quando foram deferidas as providências da Regra 39. Assim, emitir declarações genéricas quanto às obrigações das Partes Contratantes em matéria de Direitos Humanos deve ser uma incumbência de órgãos políticos (e.g. Conselho da Europa) e não do TEDH, o qual tem a função de examinar um caso sob a perspectiva da CEDH e, a partir disso, exigir ações precisamente delineadas dos Estados envolvidos. Ademais, é válido ponderar que, sem o devido cuidado ao decidir sobre o cabimento de Medidas Cautelares, o TEDH pode ampliar demasiadamente o âmbito de aplicação destas, algo que poderia banalizar um tipo de medida que, em tese, deveria ser excepcional e, conseqüentemente, também por em risco a própria credibilidade e legitimidade institucional do Tribunal²¹. Enfim, pode arguir-se que, nesse tipo de caso, existe um impasse, pois, por um lado, as Medidas Cautelares deferidas a partir de Requerimentos Interestaduais seriam vagas e ineficazes e, por outro, o TEDH não poderia deixar de conceder tais providências, uma vez que tal postura negativa, além de conflitar com a jurisprudência do Tribunal, também poderia passar a impressão de que certas ações estatais são legais. Uma possível solução para tal impasse seria modificar o Regulamento do Tribunal, estabelecendo que o TEDH apenas seria competente para conceder Medidas Cautelares nos casos em que as vítimas e as ações a serem tomadas pelo Estado

21 Idem. Catch 22: The Interim Measures of the European Court of Human Rights in the Conflict between Armenia and Azerbaijan, op. cit; Idem. Can the European Court of Human Rights Prevent War? Interim Measures in Inter-State Cases, op. cit.

Contratante sejam claramente identificáveis²².

Com o fim dos comentários sobre a primeira linha, passa-se a desenvolver a segunda a partir de três pontos: Primeiro, as Medidas Cautelares desempenham um papel comunicativo no âmbito jurídico internacional, alcançando tanto os Estados envolvidos no conflito quanto as entidades transnacionais e a própria comunidade internacional. Logo, a concessão de tais medidas em favor da Armênia incrementaria o grau de legitimidade atribuído às preocupações deste país. Além disso, o fato de a parte armênia ter sido a que primeiramente buscou o provimento de Medidas Cautelares implica, ou até mesmo comunica, aos membros da comunidade internacional, a inocência da Armênia e a responsabilidade do Azerbaijão quanto à causação do conflito. Segundo, as Medidas Cautelares comunicam um apelo a uma pluralidade de Estados, alertando-os dos riscos de uma escalada bélica e estabelecendo, implicitamente, que todos os membros da comunidade internacional, sobretudo aqueles com alguma interferência no conflito, são responsáveis pela não exacerbação da violência no confronto. Ademais, as Medidas Cautelares não deixam de ser um meio apto a conscientizar e envolver a comunidade internacional em prol de certa causa. Aqui, cabe mencionar as Medidas Cautelares deferidas pelo TEDH em face da Turquia, delimitando, especialmente em relação a este país, sob os olhos da comunidade internacional, a responsabilidade de evitar qualquer envolvimento no conflito. Assim, cabe dizer que as Medidas Cautelar deram visibilidade a perspectiva armênia do conflito, porém, ao fazer isso, também possibilitaram que a Armênia reforçasse a projeção externa de sua narrativa geopolítica da região, a qual, inexoravelmente, enfatiza o Genocídio Armênio, isto é, um evento cuja conscientização internacional é de grande interesse para os armênios. Terceiro, as Medidas Cautelares têm um enfoque prospectivo, pois, ao concedê-las, o TEDH reconhece a real possibilidade de um dano iminente e continuado,

caso o confronto perdure. Além disso, ao deferir tais medidas, o TEDH também identifica o caráter internacional de certo conflito e confirma o papel de cada uma das partes neste, assim com a responsabilidade de cada uma na prevenção de novas violações aos direitos assegurados pela CEDH. Assim, nota-se que as Medidas Cautelares serviram para expor à comunidade internacional o quão grave era a situação em Nagorno-Karabakh e quais eram os papéis desempenhados pela Armênia e pelo Azerbaijão²³.

Conclusão

Para encerrar o presente artigo, passa-se a avaliar se, no caso em voga, as Medidas Cautelares deferidas pelo TEDH realmente foram eficazes ou ainda se tiveram algum impacto sobre o conflito. Primeiro, em termos de eficácia, sustenta-se que as Medidas Cautelares foram malsucedidas, algo que pode ser verificado pela mera observação ao desenrolar e desfecho do conflito. Afinal, a eficácia das Medidas Cautelares acabou a mercê da cooperação dos Estados envolvidos, os quais, repetidamente, agiram, única ou majoritariamente, segundo a conveniência de seus interesses estratégicos. Ademais, para reforçar essa posição, convém referenciar as ideias trazidas pela primeira linha argumentativa da seção anterior. Segundo, em relação aos impactos das Medidas Cautelares no conflito, propõe-se que estes, embora irrisórios e inaptos a alterar o resultado da contenda, efetivamente ocorreram. Para sustentar tal assertiva, faz-se remissão as ideias trazidas pela segunda linha argumentativa da seção anterior, isto é, embora sejam um provimento jurídico, cuja implementação prática ultimamente depende de alguma aquiescência estatal, as Medidas Cautelares desempenham um papel comunicativo, o qual não garante que os ditames do TEDH serão observados pelos Estados, mas têm o potencial de determinar a responsabilidade das partes sob um prisma jurídico-internacional e influenciar a percepção política da

23 KRENTSER, Rachel. When All Else May Fail: ECtHR's Granting of Interim Measures in *Armenia v. Azerbaijan* and *Armenia v. Turkey*, op. cit.

comunidade internacional sobre o conflito, contribuindo, dessa maneira, para a consolidação de uma determinada versão dos fatos. Nesse sentido, é inegável que as Medidas Cautelares são dotadas de um grande potencial para construir uma narrativa que realça a legitimidade de uma das partes em detrimento da outra. Logo, é razoável assumir que a Armênia, ao requerer as Medidas Cautelares, não almejava a mera obtenção de uma ordem do TEDH quanto à interrupção de certas práticas militares, mas também visava a abertura de um “novo front”, no qual, paralelo aos esforços armados, pudesse disputar e estabelecer a legitimidade de sua causa perante a comunidade internacional, viabilizando, inclusive, a difusão de uma narrativa favorável aos interesses armênios na eventualidade de um desfecho militar negativo. Embora a Armênia tenha mostra que tal estratégia é viável, é fácil observar que a disseminação de uma narrativa favorável à causa armênia, ainda que sob a chancela do TEDH, não impediu que tal país sofresse um amargo revés no conflito em Nagorno-Karabakh. Contudo, essa é uma assertiva unicamente calcada no presente e o transcurso do tempo é imprescindível para aferir qual o papel que a narrativa desse conflito desempenhará nas futuras relações entre Armênia e Azerbaijão, tanto entre si quanto com outros atores políticos, tal como a União Europeia e a Rússia.

Referências Bibliográficas

ARMEN, Khachikyan. History of Armenia. Yerevan: Edit Print, 2010.

BOLUKBASI, Suha. Azerbaijan: a political history. London: I.B. Tauris, 2011.

BROERS, Laurence. Armenia and Azerbaijan: Anatomy of a Rivalry. Edinburgh University Press, 2019. Disponível em: < <https://bityli.com/pOTGu> >. Acesso em: 15 nov. 2020.

DE WAAL, Thomas. Black Garden: Armenia and Azerbaijan through

Peace and War. New York: NYU Press, 2013.

_____. The Caucasus: an introduction. Oxford: Oxford University Press, 2010.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Catch 22: The Interim Measures of the European Court of Human Rights in the Conflict between Armenia and Azerbaijan: Strasbourg Observers, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/iXhZs>>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. Can the European Court of Human Rights Prevent War? Interim Measures in Inter-State Cases: The University of Liverpool Repository, 2015. Disponível em: <<https://bityli.com/4KPng>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

_____. The European Court of Human Rights and the Armed Conflict Between Russia and Ukraine: Verfassungsblog, 2014. Disponível em: <<https://bityli.com/poJtF>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

_____. The Effectiveness of the European Court of Human Rights in Cases of War: ECHR Blog, 2014. Disponível em <<https://bityli.com/5gc7h>>. Acesso em: 30 dez. 2020.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Request for interim measures lodged by Armenia against Azerbaijan: Press Release 264, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/sqMJg>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

_____. The Court grants an interim measure in the case of Armenia v. Azerbaijan: Press Release 265, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/hvoEW>>. Acesso em: 29 dez. 2020

_____. The Court's decision on the request for an interim measure lodged by Armenia against Turkey: Press Release 267, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/HW15t>>. Acesso em: 29 dez. 2020

_____. Court's decision on Turkish authorities' request to lift interim measure indicated in the case of Armenia v. Turkey: Press Release 290, 2020. Disponível em:<<https://bityli.com/xZQLI>>. Acesso em: 29 dez. 2020

_____. Request for interim measures lodged by Azerbaijan against Armenia concerning the conflict in Nagorno-Karabakh: Press Release 310, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/BsDoV>>. Acesso em: 29 dez. 2020

_____. The Court makes a statement on requests for interim measures concerning the conflict in and around Nagorno-Karabakh: Press Release 314, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/yIhAq>>. Acesso em 29 dez. 2020

_____. The Court decides to lift the interim measure previously indicated in the case of Armenia v. Turkey: Press Release 349, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/wkh3a>>. Acesso em 29 dez. 2020

_____. The interim measure indicated in the case of Armenia v. Azerbaijan and Rule 39 proceedings with regard to alleged captives to remain in force: Presse Release 377, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/HAd9n>>. Acesso em 29 dez. 2020.

GUIMARÃES, Thayz. ‘Nossa reivindicação não é territorial, é de autodeterminação’, afirma embaixador da Armênia. O Globo, Rio de Janeiro, 15 out. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/iCooy>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

_____. ‘Imagine se os armênios declarassem independência em São Paulo?’, diz embaixador do Azerbaijão. O Globo, Rio de Janeiro. 15 out. 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/9z0NS>>. Acesso em: 13 nov. 2020.

HOBSBAWM, Eric. Nações e Nacionalismo desde 1780. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

KRENTSER, Rachel. When All Else May Fail: ECtHR’s Granting of Interim Measures in Armenia v. Azerbaijan and Armenia v. Turkey: Michigan Journal of International Law, 2020. Disponível em: <<https://bityli.com/nOef7>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL. Convenção Europeia de Direitos Humanos: Conselho da Europa, 2013. Disponível em: <<https://bityli.com/tgCKs>>. Acesso em: 29 dez. 2020.

PLOKHY, Serhii. *The Last Empire: The Final Days of the Soviet Union*. New York: Basic Books, 2014.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Regulamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos: Secretaria do Tribunal, 2018. Disponível em: <<https://bityli.com/G9cpV>>. Acesso em 30 dez. 2020.

VON CLAUSEWITZ, Carl. *Da Guerra*. Tradução para o inglês, Michael Howard e Peter Paret. Tradução do inglês para o português, CMG (RRm) Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Rio de Janeiro, 1984.

Concretização do Direito Fundamental à Saúde no Brasil

Concreteing the Fundamental Right to Health in Brazil

Carlos Renato da Silva¹

Bárbara Ramacciotti²

Sumário: 1. Estado Constitucional Social e Direitos Fundamentais; 2. Direito à Saúde no Brasil: SUS como política pública de saúde; 3. Instrumentos jurídicos aplicados na concretização do direito à saúde; Considerações Finais.

Resumo: Este estudo tem por objetivo examinar a relevância de alguns conceitos, princípios, institutos jurídicos e documentos do Direito Internacional que foram determinantes para a formulação e implementação do Sistema Único de Saúde (SUS), política pública que concretiza o direito à saúde, previsto na Constituição brasileira de 1988. O princípio da dignidade humana transforma em obrigação do Estado Constitucional brasileiro a prestação concreta de serviços sociais de saúde, a fim de proteger, promover e realizar a plena cidadania, inclusive dispondo de recursos financeiros para implementar e efetivar as políticas públicas, que são um instrumento proativo. O estudo parte do seguinte problema: quais conceitos, princípios, institutos jurídicos e marcos jurídicos internacionais fixam ao Estado brasileiro o dever de garantir aos cidadãos o direito à saúde? Chega-se as seguintes conclusões: A Declaração Universal do Direitos Humanos (1948), a Constituição da Organização Mundial da Saúde (1946), assim como os conceitos de direitos fundamentais, Estado Constitucional e Social e os princípios da dignidade humana e do mínimo existencial foram de grande relevância para a formulação da Constituição brasileira de 1988, pois estabelecem os parâmetros constitucionais para a concretização dos direitos fundamentais, incluindo o direito à saúde. Trata-se de pesquisa teórica, de revisão bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial.

1 Mestrando em Direito pelo UNIFIEO, professor de Direito crsdireito@ig.com.br.

2 Professora Doutora do Mestrado em Direito do UNIFIEO, Doutora em Filosofia pela Universidade de São Paulo (USP), líder do Grupo do CNPq: Estado, Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, barb.lucrama@hotmail.com.

Palavras-chave: Direito Fundamental; Saúde; Estado Constitucional; Política Pública.

Abstract: This study aims to examine the relevance of some concepts, principles, legal institutes and documents of international law that were decisive for the formulation and implementation of the Unified Health System (SUS), a public policy that concretizes the right to health provided for in the Brazilian Constitution 1988. The principle of human dignity makes it a duty of the Brazilian Constitutional State to provide concrete social health services in order to protect, promote and realize full citizenship, including having financial resources to implement and implement public policies, which are an instrument proactive. The study starts from the following problem: what concepts, principles, legal institutes and international legal frameworks establish the Brazilian State's duty to guarantee citizens the right to health? The following conclusions are reached: The Universal Declaration of Human Rights (1948), the Constitution of the World Health Organization (1946), as well as the concepts of fundamental rights, Social Constitutional State and the principles of human dignity and the minimum existential were of great relevance to the formulation of the 1988 Brazilian Constitution, as they establish the constitutional parameters for the realization of fundamental rights, including the right to health. It is theoretical research, bibliographic, doctrinal and jurisprudential review.

Keywords: Fundamental Righth. Health. Constitutional State. Public policy.

1. Estado Constitucional Social e Direitos Fundamentais

Há um certo consenso na doutrina jurídica sobre o fato de o Estado Constitucional fundamentar sua razão de existir na Constituição, conforme sintetiza Liberati: “Pode-se dizer que o Estado Constitucional é aquele que tem, na Lei Fundamental, seu fundamento e razão de existir.”³ O Estado Constitucional submete-se ao primado da Constituição”. José Afonso da Silva corrobora com essa concepção de Constituição:

3 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013, p. 65.

A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização de seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e suas respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.⁴

Contudo, o Estado de Direito ao longo de seu processo histórico instituiu diferentes tipos de Estados Constitucionais, surge como Estado Liberal sob o ideário do iluminismo e do liberalismo no século XVIII e na passagem do século XIX para XX surge o chamado Estado Social ou do Bem-Estar Social (Welfare State). Enquanto o Estado Liberal clássico garantia, de um lado, apenas os direitos civis e políticos de liberdades individuais, de outro, se omitia em relação aos problemas sociais e econômicos. Em contraponto, o Estado Social surge justamente para preencher essa lacuna, positivando os direitos sociais, que passam a ser garantidos pelos Estados Constitucionais como direitos fundamentais.

Importa observar que esse novo tipo de Estado Constitucional Social possui como característica e função central a efetivação tanto dos direitos civis e políticos quanto dos direitos sociais, que visam a garantia de um mínimo existencial ou de um mínimo de bem-estar como pré-condição de uma vida humana dignidade, materializado em: trabalho/renda, assistência social, educação, saúde, moradia, cultura etc. para todos os cidadãos. Marshall observa que cabe ao Welfare State garantir “um mínimo de certos bens e serviços essenciais (tais como assistência médica, moradia, educação, ou uma renda nominal mínima ou salário mínimo) a ser gasto em bens e serviços essenciais”.⁵ Disto resulta a necessidade de o Estado Constitucional Social prestar serviços para efetivação dos direitos fundamentais sociais.

4 SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37-38.

5 MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967, p.93.

Os direitos sociais compõem-se de um conjunto de direitos que exigem a realização de autênticas prestações de serviços por parte do Estado, com o fim de suprimir ou incrementar os direitos de igualdade. São também chamados de direitos de crédito, porque seu titular (pessoa humana) se torna credor do Estado na prestação de serviços essenciais a aquisição da plena cidadania.⁶

A grande expansão do Estado Social ou do Estado do Bem-Estar ocorre após a Segunda Guerra Mundial em 1945 nos países de capitalismo avançado, sobretudo da Europa e do bloco anglo-saxão (EUA, Canadá, Austrália, Japão), que durante 30 anos experimental a chamada era de ouro. Nesse mesmo contexto histórico-político do pós-guerra é promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ em 1948 pela Organização das Nações Unidas (ONU), marco do Direito Internacional até hoje justamente porque introduz o conceito de direitos humanos fundamentais, os quais devem ser garantidos e materializados pelos Estados Democráticos Constitucionais, sobretudo pelos países signatários, entre eles encontra-se o Brasil.

Um direito é considerado fundamental quando se refere a um direito humano, que por definição precisa ter por titularidade todos os seres humanos. Alexy observa que um direito é fundamental “quando sua violação ou não-satisfação significa ou a morte ou sofrimento grave ou toca no núcleo essencial da autonomia. Daqui são compreendidos não só os direitos de defesa liberais clássicos, senão, por exemplo, também direitos sociais que visam ao asseguramento de um mínimo existencial para efetivação de uma vida humana digna.”⁸

No Brasil, o chamado Estado Social ou do Bem-Estar Social, conforme diversos estudiosos do tema, tem sua fundação na Era Vargas, posto que entre 1930-1943 são instituídos os direitos sociais, sobretudo os ligados a regulamentação do trabalho, reunidos pela

6 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. Op. cit., p.77-78.

7 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Op. Cit.

8 ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, p.55-66, jul/dez. 1999, p. 61.

Consolidação das leis do Trabalho (CLT) em 1943, além da criação dos primeiros sistemas nacionais de aposentadoria, de educação e saúde, que ainda não tinham acesso universal. (KERSTENESTZKY, 2012; DRAIBE, 1993; PORCHMAN, 2004).

Contudo, o grande marco para a instituição e expansão de um Estado Social no Brasil é a Constituição de 1988, pois o texto constitucional assegura no capítulo II diversos direitos sociais como direitos fundamentais de todo cidadão, conforme dispõe o Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (EC no 26/2000 e EC no 64/2010)”.⁹

2. Direito à Saúde no Brasil: SUS como política pública de saúde

Historicamente, é importante lembrar que a saúde ganhou importância universal com a criação da Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946, que tem como objetivo específico a proteção e promoção da saúde de todos os povos. No preâmbulo da sua carta de Constituição a saúde está definida como o “estado completo de bem-estar físico, mental e social e não meramente a ausência de doença ou enfermidade”¹⁰, garantindo assim, a assistência integral ao direito à saúde do cidadão.

A Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88) é o primeiro documento do Brasil de proteção do direito à saúde no ordenamento jurídico. A CF/88 prevê no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, artigo 5º, caput, o direito à saúde como uma garantia fundamental social, um direito fundamental inviolável dos cidadãos e ao mesmo tempo um dever do Estado para proteção de uma vida digna aos cidadãos. Também institui no artigo 6º, a

9 BRASIL. Constituição Federal de 1988. Op. Cit. p. 18.

10 OMS. Constituição da Organização Mundial da Saúde 1946. Op. Cit., p.22.

saúde como direito fundamental social. Daí verificamos a natureza individual, coletiva e social do direito à saúde, logo, sua importância para todos.

Souza Dantas esclarece que o direito à saúde é uma ordem social dos cidadãos previsto na Constituição, que apresenta um “amplo universo de normas que enunciam programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade. A título de exemplificação, destacam-se determinados dispositivos constitucionais constantes da ordem social, que fixam, dentre os deveres do Estado e direitos do cidadão, a saúde (art. 196).¹¹

Assim sendo, o direito a saúde é um dever do Estado e um direito dos cidadãos, cujo fim deve ser perseguido através de programas, tarefas e diretrizes normativas, utilizando como exemplo o artigo 196 da Constituição Federal, que dispõe sobre políticas públicas sociais, prescrevendo o quanto segue: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” A respeito desse dispositivo legal, Santos interpreta que:

O primeiro enunciado do artigo – execução de políticas sociais e econômicas protetoras da saúde – vincula-se a planos e programas do Estado nacional, que devem assegurar ao indivíduo e à coletividade tudo aquilo que possa ser considerado essencial para a satisfação da saúde física, mental, psicológica, moral e social: morar bem, ter salário digno, ter mais lazer, boa educação, alimentação suficiente, segurança, previdência etc.¹²

O direito à saúde no Brasil é, portanto, dever da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme o artigo 204, I, da Constituição Federal, que dispõe na área de assistência social, a coordenação e as normas gerais de saúde estão afetas à esfera federal e a execução de programas ou de políticas públicas nas

11 SOUZA DANTAS. Luís Rodolfo A. de. Op. Cit., p.216-217.

12 SANTOS, Lenir. “Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições”. Op. Cit. p. 150.

esferas estadual e municipal, com a finalidade de atendimento a determinados setores da sociedade civil.

Supremo Tribunal Federal (2019) estabelece algumas jurisprudências sobre o direito fundamental à saúde, “in verbis”:

O direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.[AI 734.487 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 3-8-2010, 2ª T, DJE de 20-8-2010.]

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo.

[AI 550.530 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 26-6-2012, 2ª T, DJE de 16-8-2012.]

Direito à vida e à saúde. Dever estatal de assistência à saúde resultante de norma constitucional (CF, arts. 196 e 197). Obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao poder público, inclusive aos Estados-membros da Federação. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Estado de Pernambuco. Desrespeito à Constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgredir a autoridade da Lei Fundamental da República (RTJ 185/794-796).¹³

Para Maria Paula Dalari Bucci “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são metas coletivas conscientes e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato”.¹⁴

13 STF. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Op. Cit.

14 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006, p.241.

O artigo 196, da Constituição Federal brasileira criou, portanto, o sistema de políticas públicas, que na área específica da saúde é conhecido como Sistema Único de Saúde, o SUS, isto é, um conjunto de serviços de atendimento prestados e administrados em todo o país, tendo como principais diretrizes: universalidade, igualdade, integralidade, unidade, descentralização, participação popular e hierarquização.

Em nível federal a política pública do SUS está regulada pela lei 8.080/90, em que estão distribuídas todas as suas atribuições e funções como um sistema público e pela lei 8.142/1990, que dispõe sobre a participação da comunidade, gestão e financiamento. Em face à criação constitucional do SUS deve-se considerar que o direito à saúde não se restringe apenas ao cuidado da doença, mas a uma relação ampla da saúde com fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais, sendo este o pressuposto para a elaboração e a execução das políticas sociais de interesse político e econômico protetoras da saúde.

Infere-se do exposto que num Estado Constitucional instituído como um Estado Social a norma constitucional fixa a oferta de serviços públicos por meio de políticas públicas sociais como fonte de garantia e gozo dos direitos fundamentais. Concordamos com Liberati quando afirma que: “Neste caso, sua omissão em materializar ações que satisfaçam as necessidades dos cidadãos representa completa afronta aos mandamentos constitucionais e sérios prejuízos ao exercício dos direitos fundamentais.”¹⁵

3. Instrumentos jurídicos aplicados na concretização do direito à saúde

É importante observar que, se de um lado, é dever do Estado criar condições econômicas, políticas e sociais para a promoção e proteção universal da saúde dos cidadãos, garantindo a efetivação do direito à saúde. De outro lado, sempre que o Estado praticar

15 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. Op. Cit., p.97.

atividades públicas deve observar as limitações impostas pelas regras fundamentais Constitucionais, conforme Liberati:

(...) o Estado não pode praticar atos (administrativos) e realizar serviços públicos que não estejam direcionados à completa satisfação do homem. Em outros modos, o Estado se posiciona vinculadamente à obrigação de cumprimento das normas constitucionais que consagram a primazia do respeito ao homem. O Estado não tem discricionariedade social em relação à proteção de todos os direitos do homem, de tudo aquilo que, genericamente, se costuma dizer da dignidade da pessoa humana. Como os direitos fundamentais gozam de um núcleo indisponível, o Estado sofre limitação pela regra constitucional da dignidade humana.¹⁶

As políticas públicas se mostram instrumentos necessários de ação do Estado Social a fim de atender as demandas locais para a efetivação do direito à saúde, quando os tratamentos médico-hospitalares, exames e medicamentos não forem oferecidos no âmbito federal da política pública do SUS. Nesse contexto, Liberati afirma que:

Na formulação e execução das políticas públicas, a utilização dos princípios constitucionais – em especial da legalidade e do respeito a dignidade da pessoa humana – desempenha função extraordinária, no sentido de assegurar, juridicamente, os direitos fundamentais postos no texto constitucional, que deverão ser implementados de acordo com a vontade do constituinte e do sistema jurídico vigente. (grifos nossos)¹⁷

No debate doutrinário a utilização do princípio da legalidade e do respeito à dignidade humana desempenha função jurídica extraordinária na garantia dos direitos fundamentais, em geral, e no direito à saúde, em particular, posto que a concretização de tais direitos sempre dependerá da vontade política do poder público, passando por um processo financeiro de escolha dos serviços e atividades mais urgentes para a população.

Barroso destaca a importância do princípio da dignidade que pode ser invocado pelos cidadãos sempre que for necessário efetivar o direito fundamental à saúde: “No controvertido tema do direito à saúde, sobretudo quando envolvidos procedimentos

16 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. Op. Cit., p.75

17 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. Op. Cit., p.89.

médicos e medicamentos não oferecidos no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, a dignidade humana também costuma ser invocada como argumento último, que encerra a discussão”.¹⁸

Barroso ainda associa ao princípio da dignidade humana ao conceito do “mínimo existencial” entendido como núcleo essencial dos direitos fundamentais:

Por fim, a dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, em cujo âmbito merece destaque o conceito de mínimo existencial. Para ser livre, igual e capaz de exercer sua cidadania, todo indivíduo precisa ter satisfeitas as necessidades indispensáveis à sua existência física e psíquica. Vale dizer: tem direito a determinadas prestações e utilidades elementares. O direito ao mínimo existencial não é, como regra, referido expressamente em documentos constitucionais ou internacionais, mas sua estatura constitucional tem sido amplamente reconhecida. E nem poderia ser diferente. O mínimo existencial constitui o núcleo essencial dos direitos fundamentais em geral e seu conteúdo corresponde às pré-condições para o exercício dos direitos individuais e políticos, da autonomia privada e pública. Não é possível captar esse conteúdo em um elenco exaustivo, até porque ele variará no tempo e no espaço. Mas, utilizando a Constituição brasileira como parâmetro, é possível incluir no seu âmbito, como já feito na doutrina, o direito à educação básica, à saúde essencial, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça. Por integrar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o mínimo existencial tem eficácia direta e imediata, operando tal qual uma regra, não dependendo de prévio desenvolvimento pelo legislador. (grifos nossos)¹⁹

Portanto, o conceito de “mínimo existencial” enraizado no princípio da dignidade humana ganha uma eficácia direta e imediata como regra jurídica para garantir a concretização dos direitos fundamentais como um dever do Estado Constitucional, em respeito fiel às normas constitucionais. Assim, podemos afirmar que a existência do Estado Constitucional se fundamenta nos direitos dos cidadãos, razão pela qual é sua obrigação a realização de programas, denominados políticas públicas, que são o instrumento estatal proativo eficaz para garantir que os direitos à saúde sejam plenamente exercidos.

18 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 32.

19 BARROSO. Op. Cit., p. 25-26.

Não obstante, como destacado por Liberati (2013)²⁰ e Bucci (2006)²¹ as políticas públicas dependem de recursos financeiros para materialização dos direitos sociais, às custas da capacidade da reserva financeira do Estado, denominada juridicamente de “reserva do possível”. Portanto, o Estado pode alegar a falta de recursos financeiros, ou seja, aplicar o princípio da “reserva do possível” para não cumprir com as obrigações constitucionais, inviabilizando a positivação dos direitos sociais fundamentais.

O Supremo Tribunal Federal (2019) sobre a fórmula da “reserva do possível” em colisão com conceito do “mínimo existencial” aplicado às políticas públicas estabelece a seguinte Jurisprudência “in verbis”:

A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197). O papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo poder público. A fórmula da reserva do possível na perspectiva da teoria dos custos dos direitos: impossibilidade de sua invocação para legitimar o injusto inadimplemento de deveres estatais de prestação constitucionalmente impostos ao poder público. A teoria da “restrição das restrições” (ou da “limitação das limitações”). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas, especialmente na área da saúde (CF, arts. 6º, 196 e 197).

[STA 223 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 14-4-2008, P, DJE de 9-4-2014.]²²

Dessa forma, como último recurso de controle dos atos e atividades sobre as políticas públicas de saúde do agente político temos o controle judicial, que delimita pela aplicação do Direito na atuação do poder público:

(...) na medida em que as políticas públicas devem estar voltadas para a materialização de todo o conjunto de

20 LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

21 BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

22 STF. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Op. Cit.

preceitos, princípios, direitos e garantias fundamentais, o controle jurisdicional a ser realizado, em última análise, relaciona-se diretamente com o fundamento das políticas públicas. A finalidade de controle será assegurar que tais espécies de ações da Administração Pública estejam pautadas por tal fundamento, no caso, o fundamento que é dado pelo constitucionalismo moderno.²³

Em face do controle judicial brasileiro, concordamos com Liberati quando destaca que é importante observar a diferença entre ativismo judicial e judicialização:

o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. A ideia do ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (...) Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontra o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (...) a judicialização envolver uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequente, os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.²⁴

Não resta dúvida que a saúde é um direito fundamental dos cidadãos de acesso universal e igualitário, com valor máximo na dignidade humana, bem como, é um dever do Estado Constitucional Democrático prestar serviços para concretizá-lo através das políticas públicas, que são um instrumento estatal proativo e eficaz, quando não forem oferecidos pelo sistema único de saúde, e para exigir que o Estado cumpra o seu dever os cidadãos poderão socorrer-se ao controle judicial. Entretanto, enfatizamos a advertência do professor Barroso:

o Judiciário e, notadamente o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável da

23 LIBERATI. Op. Cit. p.156

24 LIBERATI. Op. Cit. p.169.

discrecionariade técnica pelo administrador, bem como determinar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integralidade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do Direito; racionalidade, motivação, correção e justiça. O ativismo judicial, até aqui tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.²⁵

Considerações Finais

O estudo teve por objetivo analisar alguns conceitos, princípios e institutos jurídicos que fixam ao Estado brasileiro o dever Constitucional de garantir aos cidadãos o direito à saúde. Verificou-se que desde a instituição dos chamados Estados Constitucionais sob a égide do Estado Social, a administração pública passa a ter como função central a garantia do bem-estar do cidadão, ou seja, a garantia de um “mínimo existencial” e da dignidade humana, materializados pela concretização dos direitos sociais fundamentais. O Estado para cumprir com os deveres postos pelas Constituições passa a implementar políticas públicas sociais para ofertar serviços de saúde, de educação, de transporte, em suma, todos os serviços básicos que possibilitam uma vida humana digna.

A Constituição Federal do Brasil (1988) é um marco histórico por afirmar a saúde como direito fundamental individual, coletivo e social. Este direito fundamental é concretizado pelo acesso universal de todo cidadão ao Sistema Único de Saúde – SUS. O SUS configura-se na atualidade como um dos maiores sistemas públicos de saúde, exercendo um papel fundamental no acesso e exercício do direito à saúde pelo cidadão brasileiro.

25 BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., 2010.

Portanto, confirmou-se com o presente estudo que os conceitos de direitos fundamentais e Estado Constitucional Social assim como os princípios da dignidade humana, do mínimo existencial e o controle judicial são chaves para a efetivação de políticas públicas que concretizem os direitos fundamentais para o cidadão. Vimos também que caso necessário o controle judicial pode ser provocado pelas partes envolvidas, tendo em vista as diversas jurisprudências do STF que se posicionam neste sentido. Verificamos que as políticas públicas são utilizadas como verdadeiros instrumentos de ação, proativo e eficaz para a concretização do “mínimo existencial” e da dignidade humana entendidos como princípios que fundamentam o Estado Constitucional de tipo Social.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n.217, p.55-66, jul/dez. 1999.

BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em 09/12/2019:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006.

DRAIBE, Sônia. Welfare State no Brasil: Características e Perspectivas. Caderno de Pesquisa, n.8, pp.1-50, Campinas, NEPP-Unicamp, 1993.

FONTE, Felipe. Políticas Públicas e Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2015.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. O Estado do Bem-Estar Social na Idade da Razão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LIBERATI, Wilson. Políticas Públicas no Estado Constitucional. São Paulo: Atlas, 2013.

MARSHALL, Thomas Humphrey. Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde. São Paulo: Unesp, 1946.

PORCHMAN, Márcio. Proteção Social na Periferia do Capitalismo: Considerações sobre o Brasil. São Paulo em Perspectiva, 18(2) 2004, pp. 3-16.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 12 ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

SANTOS, Lenir. “Direito à saúde e Sistema Único de Saúde: conceito e atribuições. O que são ações e serviços de saúde”. In: SANTOS, L (Org.). Direito da Saúde no Brasil. Campinas: Saberes, 2010.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOUZA DANTAS, Luís Rodolfo A. de. “Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas”. in Hermenêutica plural. BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu et al (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Gerações futuras e natureza: aspectos controvertidos em seu reconhecimento e tutela (a partir de seus fundamentos filosóficos, éticos e jurídicos)

Future generations and nature: controversial aspects in their recognition and protection (based on their philosophical, ethical and legal foundations)

Cleiton Lixieski Sell¹

Sumário: Introdução. 1. Ranhuras filosófico-jurídicas sobre futuras gerações e meio ambiente. 3. Aspectos controversos sobre gerações futuras e tutela jurídica da natureza. Considerações finais. Referências.

Resumo: Este estudo possui como escopo analisar os fundamentos que sustentam as categorias das gerações futuras e da natureza a partir de traços problemáticos sobre sua proteção e do dever de cuidado no contexto da tutela jurídica. O método utilizado foi o hipotético dedutivo. Os direitos de natureza surgiram com protagonismo no século XXI, principalmente com a teoria biocêntrica que passou a enfrentar questões como tutela jurídica dos direitos da natureza, direito das futuras gerações ao meio ambiente adequado, bem como aspectos sobre os direitos ao meio ambiente e sua relação com os direitos humanos. Há elementos que presenciam na categoria do dever a responsabilidade de cuidado com as futuras gerações, bem como desafios de uma tutela jurídica da natureza para assegurar os direitos destas gerações. Evidenciam-se traços filosófico-jurídicos sobre a cultura

1 Doutorando em Direito pela Universidad de Burgos (ESP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (BRA). Bacharel em Direito pela Universidade de Cruz Alta (BRA). Endereço eletrônico: cleitonls.direito@gmail.com

das gerações presentes de usufruir os bens naturais em uma transição para uma constitucionalização dos Direitos da Natureza, implicando, vertiginosamente, em obrigações com a natureza e com as gerações futuras.

Palavras-chave: Direitos das futuras gerações; Direitos da natureza; Direito intergeracional. Dever de cuidado.

Abstract: This study aims to analyze the fundamentals that support the categories of future generations and nature based on problematic features about their protection and the duty of care in the context of legal protection. The hypothetical deductive method was used. Nature rights emerged with prominence in the 21st century, mainly with the biocentric theory that started to face issues such as legal protection of the rights of nature, the right of future generations to the proper environment, as well as aspects about the rights to the environment and their relationship with human rights. There are elements that witness in the category of duty the responsibility to care for future generations, as well as challenges for legal protection of nature to ensure the rights of these generations. Philosophical-legal traits on the culture of the present generations are evident in enjoying natural assets in a transition to a constitutionalization of the Rights of Nature, implying, vertiginously, in obligations to nature and to future generations.

Keywords: Rights of future generations; Nature rights; Intergenerational law. Duty of care

Introdução

O direito possui diversas separações e delimitações terminologias que constituem debates a cerca dos limites que cada âmbito pode ser utilizado. Um dos mais percussivos ocorre entre o direito e a moral, uma vez que também se mostram como um

desses emblemas enrustidos no debate sobre os direitos ao meio ambiente das futuras gerações e dos direitos da natureza. A ética (enquanto comportamento dos indivíduos quanto as ações morais em relação ao certo e ao errado), está relacionado com a proteção com as futuras gerações, ao passo que o jurídico é transposto ao meio ambiente às futuras gerações.

Com o protagonismo dos direitos da natureza e uma visão centrada no dever de cuidado com a preservação do meio ambiente, o objetivo do trabalho problematiza questões sobre a tutela e seus pontos de convergência com as gerações futuras. Será utilizada uma estrutura tripartite: o primeiro versa sobre os fundamentos filosóficos e jurídicos referentes as gerações futuras; o segundo ponto é sobre a (in)existência do dever com as gerações vindouras; por último, são apresentados aspectos controvertidos sobre gerações futuras e sua relação enquanto tutela jurídica da natureza².

1. Ranhuras filosófico-jurídicas sobre futuras gerações e meio ambiente.

A formulação da teoria de Gaia, do biólogo James Lovelock, a partir dos seus primeiros ensaios produzidos por volta de 1969, se converteu em uma das teorias mais defendidas e por consequência estudada no âmbito acadêmico. Esse estudo se consistiu em tese, de que o planeta terra é um organismo com capacidade de (auto)regulação das relações naturais entre os diversos sistemas complexos que estão interligados³. O elo fundamental é a forma

2 Para a realização do trabalho foi utilizada a exposição e análise referente as gerações futuras, bem como o debate relativo ao Estatuto da Natureza e seus direitos, realizado nos estudos da Prof.^a Dr.^a Nuria, em sua profunda e adequada reflexão na obra: MARTÍN, Nuria Belloso. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo. N°14. Madrid: Universidad de Alcalá, 2018.

3 JIMÉNEZ, Fernando León. El derecho humano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona desde el paradigma ecológico. Sevilla: Kronos, 2000, p. 82.

como esse contexto é visto pelo viés ecológico na sociedade, pois com a aproximação de autores que coadunam com esse pensamento, ocorrem divergências de correntes científicas sobre esse tema a partir dos direitos das futuras gerações.

A partir da visão antropocêntrica que demarca a transição do período feudal para o capitalista, ocorrem profundas alterações em todo continente europeu como forma de frear a forte crise econômica do século XIV. Essa teoria inicialmente reforçada pela domínio do homem sobre o meio ambiente como uma forma de desenvolvimento ou progressão da espécie humana, aos poucos foi cedendo espaços para uma teoria mais voltada a proteção do meio ambiente como um sujeito vivo e com o dever de cuidado. Os direitos da natureza foram abordados pela primeira vez em 1972, por Christopher Stone, quando os debates por tensões econômicas e políticas que embasaram dispositivos jurídicos como a Convenção sobre a Diversidade Biológica das Nações Unidas de 1992, firmada no Rio de Janeiro⁴.

A discussão sobre o tema dos direitos da natureza que envolvem questões de tutela jurídica está muito longe de haver um consenso entre juristas, filósofos, cientistas, teólogos, biólogos, pesquisadores e outros simpatizantes. Nessa esteira, também ocorre o embate sobre a responsabilidade que as gerações futuras possuem com o meio ambiente em que emerge o dever de cuidado que a humanidade deve ter com a natureza para que haja meios de desenvolvimento das atividades do ser humano. Existem laços estreitos com os direitos humanos, uma vez que se compactua com direitos das gerações futuras ao meio ambiente, sendo, portanto, uma preocupação consagrada no Relatório de Brundtland, em 1987⁵.

4 PONTES JÚNIOR, Felício de Araújo; BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A natureza como sujeito de direitos. A proteção do Rio Xingu em face da construção de Belo Monte. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). Descolonizar o imaginário. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Trad. de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 430-431.

5 MARTÍN, Nuria Belloso. "Las generaciones futuras y la Naturaleza: ¿hay un deber de cuidado? Reflexiones desde el Eurocentrismo", ob. cit., p. 523.

Na visão sustentada pelo físico austríaco Fritjof Capra, existe a possibilidade dos seres humanos construírem uma teoria a partir de princípios coerentes da organização da natureza – ou seja – o autor trabalha a questão de uma nova perspectiva sobre a organização social na qual as leis naturais (da natureza), sejam levadas em consideração durante todo tempo, uma vez ocorre uma contradição entre a máquina (objeto não humano) e os ser(es) vivo(s)⁶. Muito embora é preciso que ocorra o processo de alteração na estrutura da natureza, antigos paradigmas sobre a natureza se tornam o fio condutor para compreender o direito as futuras gerações.

2. Existe(m) dever(es) de cuidado do meio ambiente para as gerações futuras?

Embora hajam questões como crenças religiosas e mitologias gregas que servem para encrustar um tema no âmbito jurídico, sustenta-se a tese de que existem deveres com as futuras gerações. O direito novamente é posto em prática para resguardar pelo menos duas linhas de abordagem nesse recorte teórico: a primeira é sobre as futuras gerações e seus novos desafios como seres inseridos em uma sociedade complexa; e o segundo aspecto se refere ao meio ambiente que em realidade é um marco de transição entre a geração presente e a futura. Essas duas formas interdependentes do homem com a natureza, permeiam até certo ponto a incerteza do futuro as gerações, bem como a inexistência de parâmetros jurídicos devido aos rápidos e por vezes dessincronizadas alterações que ocorrem na sociedade. A perspectiva do direito é analisar as teorias e encontrar funções em que o ser humano possa ocupar seu papel de participação cidadã e de harmonia com a o meio ambiente a partir da perspectiva dos direitos difusos⁷.

6 CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2002, p. 38.

7 MUÑOZ, José María Ayala (Coord.). Acceso a la justicia em materia de derechos ambientales. Guía pratica para la abogacia. Madrid: Fundación Abogacia Espanhola, 2019, p. 15.

Para compreender o dever moral com as gerações futuras e sua perspectiva na natureza é preciso revisitar alguns conceitos como cuidado. Para Lawrence Blum⁸, existem oito formas de analisar a relação de moralidade versus imparcialidade e de moralidade versus cuidado: a primeira é a orientação ao cuidado que gera uma posição moral; segunda, o cuidados aos demais é um aspecto imprescindível nas relações da vida humana; terceira, cuidado e responsabilidade são temas morais; quarta, reconhece que o cuidado em sentido estrito é uma orientação moral que diverge da imparcialidade mas inadequada porque não pode ser aplicada de forma universal; quinta, a diferença entre cuidado e imparcialidade está nos juízos morais; sexta, o amor e a responsabilidade se consistem em respostas do ponto de vista moral em certas situações, no entanto, nos conflitos prevalece a ética da justiça; na sétima, a justificativa de cuidado deve ser de uma perspectiva imparcial; a oitava considera um estado maduro a validade da justiça e do cuidado em um só princípio moral⁹.

Para Nuria Martín¹⁰, o ponto de convergência entre as duas teorias abordadas é que ambas possuem um componente relacionado com a afetividade, uma vez que analisar o termo cuidado possui relação analógica com algo bom (em sentido lato sensu). Do mesmo modo, o termo cuidado remete a moral e também ao conceito de justiça, no entanto, como analisar esse conceito a partir da autonomia do ser humano, uma vez que ocorre a discricionariedade individual e as diversas formas de utilizar a

8 As oito visões de cuidado e moralidade não são complementares entre si, havendo, portanto, divergências enquanto a real posição de ambos autores sobre a relação de moral e cuidado. BLUM, Lawrence A. "Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory", in: *Ethics*, Ap./1988, p. 483. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2380962?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em: 15 dec. 2020.

9 FASCIOLI, Ana. "Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría moral de Carol Gilligan", in: *Revista Actio*, N° 12, Dec. 2010, p. 45-46. Disponível em: <http://www.actio.fhuce.edu.uy/images/Textos/12/Fazcio li12.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

10 MARTÍN, Nuria Belloso. "Las generaciones futuras y la Naturaleza: ¿hay un deber de cuidado? Reflexiones desde o Eurocentrismo", ob. cit., p. 522.

palavra cuidado, tanto para as presentes e futuras gerações?¹¹.

O tema é complexo do ponto de vista ambiental que envolve o todo, pois a atual legislação ambiental possui lastros vinculantes com os direitos humanos, uma vez que os danos ambientais produzem impactos como a vulnerabilidade de direitos como a vida e a saúde. Percebe-se – portanto – uma série de questões que surgem a partir de uma análise jurídica, tais como: relacionar os direitos humanos ao meio ambiente poderá ser mais efetivo que tratar desses direitos de forma individual tais como direito civil (direitos de propriedade), direito do consumidor (consumir de forma consciente), direito empresarial (criação de empresas sustentáveis); para que haja proteção dos direitos da natureza é viável é fomentar como se fosse um Tribunal como TIDH, TERD ou TPI; o atual tratamento que está sendo realizado pelos tratados internacionais e Tribunais de direitos da Natureza, são justificáveis tendo em vista sua efetividade a partir da binômio expectativa/realidade?

A teoria da “harmonia com a natureza”, que foi uma questão discutida pelo Programa das Nações Unidas de 2011 a 2017, surge uma corrente no sentido de estender o tema do desenvolvimento sustentável para uma perspectiva não antropocêntrica neste início de século XXI¹². Com a criação dos 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, para serem cumpridas como a poluição e a exploração de recursos da natureza. Esses objetivos representam o âmbito macro das metas, desse modo, no aspecto da soft law, esses objetivos representam princípios do direito internacional ambiental costumeiro.

Após mais de cinco séculos de domínio do atual sistema capitalista dominante, pensar (ou melhor repensar o contexto) do planeta como um local que deve ser protegido, vai além da teoria Pachamama que é reconhecida como “Mãe Terra”. Embora

11 BEHABID, Seyla. “Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoría moral”, in: Isegoría. Nº 6, 1992, p. 39. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/323>. Acesso em: 15 dec. 2020.

12 MORAES, Germana de Oliveira. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama. Fortaleza: Edições UFC, 2018, p. 77.

essa teoria possua correntes contrárias, sendo parcialmente ou totalmente rechaçadas, a rigor as questões que implicam o meio ambiente são pensadas a partir das futuras gerações em que permanecerá imerso a crise ambiental das presentes gerações, ou seja, o problema ganha nova roupagem com raízes profundas há séculos de civilização humana apreende e não consegue minimizar a crise humana e ambiental¹³.

Diante dessas observações realizadas sobre o dever de cuidado com as gerações futuras, pode-se entender que, existe uma obrigação em forma de legado para as futuras gerações, uma vez que o ser humano nasce em um planeta que foi outorgado por uma geração. Conforme a teoria da advogada e jurista norte-americana Edith Weiss¹⁴, o legado natural e cultural de uma geração se transmite por intermédio da custódia do planeta terra – ou seja – as gerações futuras colhem e usufruem dos frutos em forma de benefícios, havendo, portanto, responsabilidade similar a forma de obrigação de fazer.

3. Aspectos controversos sobre gerações futuras e tutela jurídica da natureza

Na revolução científica um dos grandes defensores do método na transição do século XVI para o XVII foi Francis Bacon, que a partir da teoria empírica e da dominação da natureza chegou a resultados que melhor compreendiam a realidade da caracterização das relações humanas e sua transição para novas técnicas de trabalho e sobrevivência. No entanto, como garantir o direito das comunidades tradicionais que viviam de sua subsistência coerentemente com o que a natureza ofertava em relação ao

13 ARAÓZ, Horacio Machado. O debate sobre o “extrativismo” em tempos de ressaca. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). Descolonizar o imaginário. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Trad. de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 447-448.

14 WEISS, Edith Brown. Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho internacional, Patrimonio Común e equidade intergeracional. Trad. Gowland. Madrid: M. E. Ediciones Mundi-Prensa, 1999, p. 51-52.

plano reverso trazidas pelas promessas de uma industrialização de produtos alimentícios, modernização, desenvolvimento econômico e de tecnologias de informação e comunicação ocuparam um espaço em que os parâmetros limítrofes se tornaram invisíveis¹⁵.

A teoria dos direitos para as gerações futuras é apresenta diversas questões e dimensões a serem questionados para haver um caminho a ser traçado. Algumas dos questionamentos são: Todos indivíduos podem ser titulares de direito de forma individual ou coletiva; quais os direitos podem ser assegurados as gerações futuras; a partir de que parâmetros temporais os indivíduos possuiriam esses direitos; esses direitos devem estar positivados ou podem ser reconhecidos como direitos naturais em que não há um texto legislativo que o prescreva; quais punições podem ser aplicadas para quem descumprir esses direitos; a tutela jurídica é o único meio eficaz para representar os direitos das gerações futuras?¹⁶. Todas essas perguntas (e outras que surgem com os desdobramentos das respostas), estão sustentadas pelo aspecto futuro, algo que ainda não ocorreu, uma forma de expectativa sobre um direito, no entanto, não se trata especificamente de um direito positivado como um ordenamento jurídico de uma Constituição.

Essa mudança de perspectiva de somente o ser humano possuir tutela jurídica para a natureza ser considerada um sujeito de direito ainda está fervente de respostas para os operadores

15 CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. A revolução ecojurídica. O direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Trad. de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 240.

16 PARTRIDGE, Ernest. Responsibilities to Future Generations. Environmental ethics. New York, Buffalo; Prometheus Books, 1980, p. 28. Disponível em: https://download-pdfs.com/v6/preview/?pid=6&offer_id=447&ref_id=d4fb8851cbead8b34023cc43d4dHOINo_5756ae7b_c28f910b&sub1=5756ae7b&keyword=Ernest%20Partridge%20%20Responsibilities%20To%20Future%20Generations. Acesso em: 15 dec. 2020; também, MARTÍN, Nuria Belloso. El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza, ob. cit., p. 29-38.

jurídicos. Para Ramiro Santamaría¹⁷, este reconhecimento foi motivo de críticas por juristas como advogados, magistrados, filósofos, pesquisadores entre outros, pois se discute se esse reconhecimento é um direito ou uma iniciativa como uma declaração de propósitos; pode haver um direito para um ser não-humano? Quais os limites para reconhecer um direito, por exemplo de uma floresta nativa? Qual relação desses direitos com os direitos humanos na prática processual? Essas respostas navegam por campos filosóficos, jurídicos, éticos e morais em que o direito aparece em forma de fundamentos para afirmar se é realmente possível (ou se faz sentido) reconhecer direitos da natureza¹⁸.

Para tentar esmiuçar essas perguntas, vejamos alguns inconvenientes que surgem para que as gerações futuras sejam tutelares de direitos. Para Beckerman¹⁹, que aborda temas da justiça intergeracional, existem pelo menos cinco objeções jurídicas: a primeira é a condição de existência que as gerações futuras não possuem (inexistem); a segunda é a inexistência de informação para os interesses individuais de indivíduos que não se sabe quais serão seus interesses; a terceira está relacionada com as concepções de direito, pois somente se podem atribuir direitos ou a titularidade aos sujeitos singulares (individuais), sendo, portanto, contrário aos direitos das gerações futuras por se tratarem de direitos coletivos; a quarta é a obrigação de exigir os direitos moralmente; a quinta é a dificuldade de atuar na visão processualística do direito para proteger esses direitos que sequer são exatos.

Os debates sobre argumentos e inconvenientes dos interesses das gerações futuras são vistos de modo diverso por outros autores

17 SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El derecho de la naturaleza: fundamentos. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, 2010, [s/p]. Disponível em: <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

18 MARTÍN, Nuria Belloso. El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza, ob.cit., p. 175 e seg.

19 BECKERMAN, Wilfred. "Intergenerational Justice", in: Intergenerational Justice Review, Issue 2. Foundation for the Rights of future Generation, 2004, p. 2. Disponível em: https://generationengerechtigkeit.info/wp-content/uploads/2014/06/gg12_20040629.pdf. Acesso em: 15 dec. 2020.

como Axel Gosseries e Lukas Meyer²⁰, que trabalham com temas da justiça intergeracional. Ambos sustentam que, é possível pensar no reconhecimento moral os interesses das gerações futuras. A partir de uma leitura atenta percebe-se – portanto – um debate sob diversas perspectivas sobre as necessidades de gerações presentes e quais os reflexos para as próximas gerações. Por outro lado, o dever de cuidado que reflete na responsabilidade com a natureza é observado por autores em três teorias ecológicas já conhecidas que são o antropocentrismo (ser humano soberano), biocentrismo (o planeta terra é visto como um sujeito de direitos) e o eurocentrismo (de origem europeia que é considerada um meio termo entre as duas anteriores).

A Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações atuais em relação com as Gerações Futuras, em 1997, pela UNESCO²¹, teve como objetivo salvar as futuras gerações do caos de conflitos que foram estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, bem como de preservar os direitos humanos através de mecanismos jurídicos internacionais relevantes. A Declaração prevê, no art. 1²², as necessidades e os interesses das gerações futuras. Em outros dispositivos deste, é reforçada a preocupação de que as gerações presentes possuem o dever de assegurar a manutenção da sobrevivência para que haja perpetuação humana no planeta terra. Do mesmo modo, há uma intrínseca responsabilidade prevista na Declaração sobre as gerações presentes em garantir um planeta que não esteja danificado com efeitos irreversíveis pela atividade do homem.

Em termos de pautas transversais, países como Brasil,

20 GOSSERIES, Axel & MEYER, Lukas H. Intergeneration justice. Reino Unido: Oxford University Press, 2012, p. 46.

21 UNESCO. Declaration on the Responsibilities of the Present Generations. Towards Future Generations adopted on 12 November 1997 by the General Conference of UNESCO at its 29th session. Paris. Disponível em: <https://wiki.mpmg.mp.br/patrimoniocultural/lib/exe/fetch.php?media=110827por.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

22 Artigo 1. As gerações presentes têm a responsabilidade de garantir que as necessidades e os interesses das gerações presentes e futuras sejam plenamente salvaguardados.

Finlândia, Escócia, Alemanha, Hungria, Nova Zelandia, Canadá, Estados Unidos da América, Suécia, Malta, Chile, Israel, Bélgica, França, País de Gales e Finlândia já trabalham em nível institucional perspectivas avançadas sobre os direitos das gerações futuras. Do mesmo modo, as Constituições de outros países sul-americanos e europeus, bem como tratados internacionais de direitos humanos possuem previsão legal em proteger esses direitos como forma de preservar as necessidades futuras de uma sociedade global²³.

Considerações finais

Apesar desse tema objeto de investigação haja interpretações divergentes por juristas, é preciso reconhecer a responsabilidade que o ser humano possui com as gerações futuras por questões de princípios éticos, filosóficos e jurídicos mencionados, até mesmo porque essa previsão em texto Constitucional, legislativa ou decisões em Tribunais Internacionais tem fortalecido uma tendência de direitos modernos sobre a natureza. É evidente que a tutela jurídica do meio ambiente antecede proteger os recursos naturais, diminuir a incidência de danos (principalmente os irreversíveis), e recuperar áreas ambientais degradadas para que os direitos das futuras gerações possam ser preservados.

Os direitos das gerações futuras está um passo adiante no plano jurídico-Constitucional, filosófico e moral em relação a natureza como sujeito de direitos. Conforme Christopher

23 SZABÓ, Marcel. National Institutions for the protection of the interests of future generations, in: E-publica. Revista Electrónica de Derecho Público, Portugal, Vol. 2, nº 2, Jul./20 15, p. 6-24. Disponível em: <http://www.scie lo.mec.pt/pdf/epub/v2n2/v2n2a0 2.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020. A Dra. Nuria Martín sustenta que estamos na fase que considera que os “interesses” das gerações futuras e que se deve de continuar trabalhando até conseguir passar, do âmbito da moral ao âmbito jurídico, e construir assim os “direitos” das gerações futuras. MARTÍN, Nuria Beloso. El debate sobre la tutela institucional: generaciones futuras y derechos de la naturaleza, ob. cit., p. 179.

Weeramantry²⁴, sobre comentários em relação a garantia dos direitos as gerações futuras, ocorrem razões como: o direito foi criado para o ser humano; com as bombas nucleares e seus efeitos degradadores no planeta, esses direitos discutidos em Tratados Internacionais foram estendidos em forma de reconhecimento para as futuras gerações; e porque as gerações futuras possuem o direito de usufruir os recursos naturais e de não causar impactos que refletem na qualidade de vida.

Referências

ARAÓZ, Horacio Machado. O debate sobre o “extrativismo” em tempos de ressaca. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). Descolonizar o imaginário. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 444-468.

BECKERMAN, Wilfred. Intergenerational Justice, in: Intergenerational Justice Review, Issue 2, Foundation for the Rights of future Generation, 2004, p. 1-5. Disponível em: https://generationengerechtigkeit.info/wp-content/uploads/2014/06/gg12_20040629.pdf. Acesso em: 15 dec. 2020.

BEHABID, Seyla. “Una revisión del debate sobre las mujeres y la teoria moral”, in: Isegoría. N° 6, 1992, p. 37-63. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/323>. Acesso em: 15 dec. 2020.

BLUM, Lawrence A. “Gilligan and Kohlberg: Implications for Moral Theory”, in: Ethics, Ap./1988, p. 472-491. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2380962?origin=JSTOR-pdf&seq=1>. Acesso em: 15 dec. 2020.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. A revolução ecojurídica. O direito

24 WEERAMANTRY, Christopher Gregory. Commentary on Securing the Rights of Future Generations in International Law. Colombo: Summer, 2008, [s./p]. Disponível em: http://futurroundtable.org/documents/2_238847/0/Judge+C.+G.+Weeramantry.pdf/efe49509-32fc-49ad-bb19-64083877d08b. Acesso em: 15 dec. 2020.

sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Trad. de Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

CAPRA, Fritjof. As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Pensamento-Cultrix Ltda, 2002.

DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). Descolonizar o imaginário. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

FASCIOLI, Ana. “Ética del cuidado y ética de la justicia en la teoría moral de Carol Gilligan”, in: Revista Actio, N° 12, Dec. 2010, p. 41-57. Disponível em: <http://www.actio.fh.uce.edu.uy/images/Textos/12/Fascioli12.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

GOSSERIES, Alxel & MEYER, Lukas H. Intergeneration justice. Reino Unido: Oxford University Press, 2012.

JIMÉNEZ, Fernando León. El derecho humano a un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona desde el paradigma ecológico. Sevilla: Kronos, 2000.

MARTÍN, Nuria Belloso. “Las generaciones futuras y la Naturaleza: ¿hay un deber de cuidado? Reflexiones desde el Eurocentrismo”, in: NOMOS, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, Dossiê temático, Cátedra Jean Monnet, V. 39, n. 2, p. 521-547, jul./dez., 2018. Disponível em: <http://www.periodicos.ufc.br/nomos>. Acesso em: 15 dec. 2020.

MARTÍN, Nuria Belloso. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo. N°14. Madrid: Universidad de Alcalá, 2018.

MORAES, Germana de Oliveira. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama. Fortaleza: Edições UFC, 2018.

MUÑOZ, José María Ayala (Coord.). Acceso a la justicia em materia de derechos ambientales. Guía práctica para la abogacía. Madrid: Fundación Abogacía Española, 2019.

PARTRIDGE, Ernest. Responsibilities to Future

Generations. Environmental ethics. New York, Buffalo; Prometheus Books, 1980, p. 28. Disponível em: https://download-pdfs.com/v6/preview/?pid=6&offer_id=447&ref_id=d4fb8851cbead8b34023cc43d4dHOIno_5756ae7b_c28f910b&sub1=5756ae7b&keyword=Ernest%20Partridge%20%20Responsibilities%20To%20Future%20Generations. Acesso em: 15 dec. 2020.

PONTES JÚNIOR, Felício de Araújo; BARROS, Lucivaldo Vasconcelos. A natureza como sujeito de direitos. A proteção do Rio Xingu em face da construção de Belo Monte. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; FILHO, Jorge Pereira (Orgs.). Descolonizar o imaginário. Debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. Tradução de Igor Ojeda. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016, p. 427-442.

SANTAMARÍA, Ramiro Ávila. El derecho de la naturaleza: fundamentos. Ecuador: Universidad Andina Simon Bolivar, 2010, [s/p]. Disponível em: <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1087/1/%C3%81vila-%20CON001-El%20derecho%20de%20la%20naturaleza-s.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

SZABÓ, Marcel. National Institutions for the protection of the interests of future generations, in: E-publica. Revista Electrónica de Derecho Público, Portugal, Vol. 2, nº 2, Jul./20 15, p. 6-24. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v2n2/v2n2a02.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

UNESCO. Declaration on the Responsibilities of the Present Generations. Towards Future Generations adopted on 12 November 1997 by the General Conference of UNESCO at its 29th session. Paris. Disponível em: <https://wiki.mpmg.mp.br/patrimoniocultural/lib/exe/fetch.php?media=110827por.pdf>. Acesso em: 15 dec. 2020.

WEERAMANTRY, Christopher Gregory. Commentary on Securing the Rights of Future Generations in International Law. Colombo: Summer, 2008, [s./p]. Disponível em: <http://futeroundtable.org/documents/2238847/0/Judge+C.+G.+Weeramantry.pdf?e49509->

32f c-49ad-bb19-64083877d08b. Acesso em: 15 dec. 2020.

WEISS, Edith Brown. Un mundo justo para las futuras generaciones: Derecho internacional, Patrimonio Común e equidade intergeracional. Trad. Gowland. Madrid: M. E. Ediciones Mundi-Prensa, 1999.

A Mitigação da teoria da nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade

The mitigation of the null theory on the Direct Unconstitutionality Action

Marco Félix Jobim¹

Luiza de Medeiros Trindade²

Sumário: 1. Validade, vigência e eficácia 2. Controle de constitucionalidade concentrado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3. Teoria da nulidade; 4. Teoria da anulabilidade; Considerações Finais.

Resumo: Uma das grandes discussões existentes no âmago do controle de constitucionalidade concentrado diz respeito aos já perpetuados efeitos de uma lei que posteriormente é declarada inconstitucional. Isso, porque a decisão emanada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade enseja a nulidade da lei ab initio, o que retira retroativamente a validade de todos os atos praticados em consonância com aquele instrumento normativo (efeitos ex tunc). Entretanto, os efeitos da retirada do ordenamento jurídico de uma lei que já produziu efeitos e gerou expectativas juridicamente tuteladas, por vezes, acaba por fragilizar garantias essenciais ao Estado Constitucional, como é o caso da segurança jurídica. Assim, considerando os possíveis impactos negativos decorrentes daquela decisão em sede de controle de constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal passou a tornar menos rígida a premissa de que uma lei inconstitucional é uma lei nula e inexistente, em um claro esforço adaptativo influenciado pela doutrina austríaca, que aplicava a flexibilização da nulidade absoluta da lei inconstitucional. Dessa forma, buscar-se-á no presente artigo analisar as teorias que ventilam o controle de constitucionalidade concentrado no que tange aos efeitos decorrentes da exclusão de uma lei do sistema

1 Pós-doutor em Direito pela UFPR. Doutor em Direito pela PUCRS. Professor da Escola de Direito da PUC-RS. E-mail: marco@jobimesalzano.com.br

2 Pós-graduanda em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. E-mail: luizatrindade_@hotmail.com

jurídico por ser esta declarada inconstitucional - a teoria da nulidade e da anulabilidade -, e a sua relação com a jurisdição nacional.

Palavras-chave: Teoria da nulidade; Teoria da anulabilidade; Controle de constitucionalidade concentrado; Ação Direta de Inconstitucionalidade; Segurança jurídica.

Abstract: One of the most relevant discussions regarding the concentrated constitutionality control are the effects perpetuated by a law that is subsequently declared unconstitutional. That is because the judgement emanated on the Direct Unconstitutionality Action imposes the nullity of the law *ab initio*, implicating the retroactive validity withdrawal of all the acts practiced in consonance with that normative instrument (*ex tunc* effects). However, the impact caused by the removal from the legal system of a law that has already spread effect and created legally binding expectations ends up fragilizing guarantees that are essential for the Constitutional State – for instance, the legal certainty. Thus, considering the negative impact of the decision rendered on the concentrated judicial control, the Federal Supreme Court started to make less rigid the proposition that the unconstitutional law is null and non-existent, in a clearly attempt to adapt the Brazilian conditions to the Austrian doctrine, that already applied the flexibilization of the null theory regarding the unconstitutional law. Therefore, this paper aims to analyse the theories regarding the constitutionality control and the effects caused by the exclusion of an unconstitutional law from the legal system - the null theory and the annullability theory -, and its relationship with the national jurisdiction.

Keywords: Null theory; Annullability theory; Concentrated constitutional control; Direct Unconstitutionality Action; Legal certainty.

Introdução

A resignificação do papel do Supremo Tribunal Federal (STF), assim como o das Cortes Superiores do Brasil, está em pauta doutrinária já faz algum tempo. Há trabalhos mais recentes que apontam para as funções das Cortes de Vértice, enquadrando-as enquanto Cortes de unidade do Direito, e afastando-as da ideia de

Cortes de cassação.

E justamente em uma dessas funções está, para o STF quando em pauta a Constituição da República Federativa do Brasil, e para os demais Tribunais Estaduais quando em discussão as Constituições Estaduais, o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, que pode ser exercido tanto pelo modelo difuso como pelo concentrado, encontrando, em ambos, ações, impugnações e recursos que viabilizam referido controle. Uma coisa é certa: quer seja a Constituição Federal, quer sejam as Constituições Estaduais, há que se reconhecer sua supremacia frente às leis abaixo delas, em especial frente ao catálogo de direitos fundamentais existentes naquela.

Diversas discussões são travadas na doutrina, nacional e estrangeira, sobre temas que circundam as referidas formas de controle. Claro que não existe espaço, num singelo ensaio, de trabalhar com essas polêmicas, que passam desde a legitimidade democrática do Poder Judiciário de exercê-los até questões mais processuais, como a coisa julgada ou a legitimidade para ajuizamento dessas ações (aqui em especial para as ações do controle concentrado, em que pese exista, também, certo debate para o controle difuso).

Assim, o artigo abordará um dos temas que ainda causam certa polêmica no julgamento da ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade -, que é o da mitigação da nulidade quando declarada inconstitucional uma lei. Com essa delimitação, pretende-se, com base na teoria kelsiana, construir e contribuir com o debate.

1. Validade, vigência e eficácia

A formulação de qualquer pesquisa na seara das ciências jurídicas e sociais imprescindente, primordialmente, da exata definição dos conceitos que darão suporte às premissas e conclusões desenvolvidas ao longo do estudo. Dessa forma, para

que seja possível analisar as teorias que ventilam os efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, é fundamental que antes sejam compreendidos os três conceitos que atribuem vestimenta àquelas: validade, vigência e eficácia. Embora hajam outras correntes quanto à teoria da validade, adotar-se-á, para fins metodológicos, a teoria do austríaco Hans Kelsen.

Em primeira instância, entender-se-á o direito enquanto o conjunto de normas jurídicas válidas em um determinado contexto jurisdicional. Para Kelsen, validade é sinônimo de existência e pertencimento: se uma norma existe, ela pertence a um determinado sistema e, portanto, é válida³ – independentemente de quem a tenha promulgado⁴. Ademais, para que uma norma ingresse efetivamente no ordenamento jurídico, ela deve também (i) ter sido editada em consonância com a norma superior⁵; e (ii) observar um mínimo de eficácia⁶. Referidos critérios resumem, respectivamente, a condição de validade da norma sob enfoque estático (norma editada conforme a norma fundamental) e dinâmico (atos de produção e aplicação).

3 Referida relação implica confusão entre a seara de validade e o próprio direito positivo: “Uma norma singular é uma norma jurídica enquanto pertencer a uma determinada ordem jurídica quando a sua validade se funda na norma fundamental dessa ordem” KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 21/22.

4 Na verdade, parece que se poderia fundamentar a validade de uma norma com o fato de ela ser posta por uma autoridade, por ser um ser humano ou supra-humano: assim acontece quando se fundamenta a validade dos Dez Mandamentos com o fato de que Deus, Jeová, os ter dado no Monte Sinai; ou quando se diz que devemos amar os nossos inimigos porque Jesus, o Filho de Deus, o ordenou no sermão da Montanha. Em ambos os casos, porém, o fundamento de validade, não expresso mas pressuposto, não é o fato de Deus ou o Filho de Deus ter posto uma determinada norma num certo tempo e lugar, mas uma norma: a norma segundo a qual devemos obedecer aos mandamentos de Deus (...). KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 135.

5 “Todas as normas cuja validade pode ser reconduzida a uma e mesma norma fundamental formam um sistema de normas, uma ordem normativa. A norma fundamental é a fonte comum de validade de todas as normas pertencentes a uma mesma ordem normativa, o seu fundamento comum. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 136.

6 “Uma norma jurídica não é somente válida quando é inteiramente eficaz, isto é, quando é aplicada e observada, mas também quando é eficaz apenas até certo grau. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 62.

Ultrapassada a primeira vestimenta de existência da norma, ingressamos na seara da vigência. Embora outras escolas a tratem enquanto atributo da norma jurídica, Kelsen a compreende enquanto sinônimo de validade. Conforme ele, “com a palavra ‘vigência’ designamos a existência específica da norma”⁷.

Por fim, sendo a norma válida e, invariavelmente, vigente, não necessariamente ela produzirá efeitos concretos próprios. A eficácia é, portanto, a última vestimenta da norma e diz respeito à sua capacidade de produzir efeitos jurídicos - o que, cronologicamente, nasce após a validade e vigência. Para Kelsen, a eficácia ostenta ainda um mínimo teor que condiciona a validade, pois “uma norma jurídica deixará de ser considerada válida quando permenece duradouramente ineficaz”⁸.

Para além da invalidade da norma pelo desuso, há situações em que se verifica, em momento posterior ao termo inicial de existência da norma, que esta, à priori, foi produzida em dissonância com normas insculpidas na Constituição – violando fundamentos inerentes à concepção de validade (edição com respaldo em norma superior).⁹

Diante desse contexto, passa a ser imprescindível o desenvolvimento de um mecanismo processual capaz de proteger

7 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 17.

8 KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8. No mesmo sentido explica CADEMARTORI: “se uma norma não é eficaz (não se aplica nunca), deixará de ser válida, mas, em todo caso, sempre se poderá dizer que durante um período de tempo ela existiu.” CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1999, p. 47.

9 Embora não seja o objeto do presente artigo, é impossível não mencionar aqui contundente crítica de Pontes de Miranda acerca do pensamento de Kelsen quanto à equivalência de validade e existência. Em suma, o autor pondera que somente haverá de se perpetuar uma análise de validade sobre as normas se em determinado momento elas efetivamente existiram juridicamente. Matematicamente, é preciso que algo exista para que esse mesmo algo possa ser, posteriormente, objeto de um juízo de validade: “Os juristas que não distinguem o não existente e o nulo, excluem a classe nula, e tropeçam com ela a cada momento, porque o Direito, histórica e sistematicamente, alude a ela. Ao pretenderem tratá-la como sinônimo de não-existente, cometem erro de lógica (confusão entre ‘nulo’ no sentido de não ter todos os elementos componentes, de modo que os que têm operam, e ‘não existente’)” MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 9.

o sistema de eventuais normas contrárias à Constituição¹⁰ que, por alguma razão, lograram ingressar no sistema. Na jurisdição brasileira, este mecanismo leva o nome de controle de constitucionalidade repressivo¹¹, e pode ser materializado pela Ação Direta de Inconstitucionalidade, objeto deste estudo.

2. Controle de constitucionalidade concentrado: a Ação Direta de Inconstitucionalidade

Grande parte da doutrina atribui a gênese do controle de constitucionalidade ao processo revolucionário franco-americano datado do final do século XVIII, que inclusive é estudado enquanto expoente da jurisdição constitucional moderna¹². Isso, porque

10 “O controle de constitucionalidade alicerça-se, de modo determinante, na supremacia de que goza a Constituição e em decorrência de sua suprallegalidade. Acarretou grande impulso para sua fundamentação a teoria da separação dos poderes, o checks and balances da doutrina norte-americana, em que o Poder Judiciário deve fiscalizar se o Poder Legislativo e o Executivo estão obedecendo aos limites impostos pela Carta Magna. (...) No sistema de freios e contrapesos, cada um dos poderes estabelecidos tem obrigação de mitigar as ações do outro quando houver excesso de suas prerrogativas, com o objetivo de manter a harmonia e a independência dos poderes, preservando o conteúdo da Constituição. Todas as vezes que o Legislativo ou o Executivo desrespeitarem a Constituição, cabe ao Poder Judiciário, por intermédio do controle de constitucionalidade, expulsar a lei ou o ato normativo do ordenamento jurídico e restaurar a supremacia dos dispositivos constitucionais”. AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 13.

11 “Tem como base uma lei ou emenda constitucional, e não mais o seu projeto. Após a publicação, admite-se, a qualquer tempo de vigência da lei, o controle repressivo de constitucionalidade” ZANOTTI, Bruno Taufner. Controle de constitucionalidade: leis comentadas. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 34. Há também a possibilidade da existência de um controle preventivo, que “Ocorre quando o projeto de lei está em tramitação no Congresso, durante o processo de formação, desde que anterior à publicação. Como foi colocado, os três poderes efetuam o controle preventivo”. ZANOTTI, Bruno Taufner. Controle de constitucionalidade: leis comentadas. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 34.

12 “Antes mesmo da Constituição dos Estados Unidos de 1787, houve precedentes dos tribunais norte-americanos sobre o controle de leis estaduais em face da Constituição do Estado, servindo como exemplos os seguintes casos: Holmes v. Watson (Nova Jersey, 1780); Commonwealth v. Caton (Virgínia, 1792); Rutgers v. Waddington (Nova York, 1784); Trevitt v. Weedon (Rhode Island, 1786) e Bayard v. Singleton (Carolina do Norte, 1787)”. Ver mais em: PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 23.

ao longo do referido período surgem as Constituições escritas e rígidas, que são inerentes ao tema do controle constitucional, dado que “no Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, pois o Poder Constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário.”¹³

Embora o controle de constitucionalidade possa ser exercido de maneira difusa/concreta¹⁴ ou concentrada/abstrata, privilegiou-se neste trabalho a análise do controle concentrado, assim denominado por estar “concentrado nas mãos de um órgão específico, instituído com essa finalidade.”¹⁵

O controle de constitucionalidade concentrado surgiu no século XX enquanto influência da doutrina de Kelsen¹⁶, gerando um conhecido debate com Carl Schmitt¹⁷ sobre quem seria o guardião da Constituição¹⁸. Referido controle foi paulatinamente ultrapassando fronteiras até que, com a edição da Emenda

13 MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 30.

14 Sobre a origem do judicial review, ver: JOBIM, Marco Félix. *Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Em especial o capítulo 2.3.

15 PANDOLFO, Rafael. Efeitos modulatórios em matéria tributária. In: XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2020.

16 “Essa idéia de Kelsen foi revelada num projeto que ele mesmo apresentou, a pedido do governo austríaco, à elaboração da Constituição daquele país (chamada *Oktoberverfassung*), que resultou promulgada em 1º de outubro de 1920. O sistema austríaco-kelsiano do controle ‘concentrado’ difere fundamentalmente, como já afirmamos, do sistema americano do controle ‘difuso’, em diversos pontos: a) quer sob o ponto de vista ‘subjetivo’, ou seja, do órgão que exerce o controle; b) quer sob o ponto de vista ‘modal’, isto é, do modo ou da forma como o controle é exercido e a questão da constitucionalidade é resolvida; c) quer, finalmente, sob o ponto de vista ‘funcional’, vale dizer, respeitante aos efeitos que a decisão produz seja em relação à lei submetida ao controle, seja em relação ao caso no qual a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada”. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 78.

17 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

18 PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. *A decisão constitucional vinculante*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011. Ver páginas 73 e ss.

Constitucional 16/1965, ingressou no Brasil¹⁹, inaugurando um modelo híbrido de controle jurisdicional de constitucionalidade, no qual conviviam o sistema concentrado²⁰ e o difuso²¹.

A ADI, um dos instrumentos processuais que materializa o controle de constitucionalidade concentrado²² está prevista no artigo 102, I, “a”, da CF. Em resumo, referida ação objetiva verificar se uma lei ou ato normativo está em conformidade com o disposto na Constituição Federal²³, assegurando os valores constitucionais frente à ordem infraconstitucional e promovendo a justiça da Constituição através do papel exercido pelo Tribunal.

O objeto da ADI pode ser uma lei estadual ou federal, entendida em seu amplo sentido, abarcando todas as espécies legislativas previstas no artigo 59 da CF. O único requisito é que essas espécies normativas encontrem fundamento de validade diretamente na Carta, pois, caso contrário, haveria crise de ilegalidade – e não de constitucionalidade.

Em sequência lógica, faz-se necessário analisar os efeitos ocasionados pela decisão proferida em sede de ADI. A Assembleia Constituinte de 1988, entretanto, não endossou proposta de

19 “Introduzia-se, assim, no direito brasileiro, mecanismo análogo ao das cortes constitucionais europeias: um controle por via principal mediante ação direta, em fiscalização abstrata e concentrada no Supremo Tribunal Federal.” BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 63-64.

20 “Esse controle é exercido nos moldes preconizados por Hans Kelsen para o Tribunal Constitucional austríaco e adotados, posteriormente, pelo Tribunal Constitucional alemão, espanhol, italiano e português, competindo ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.” MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 704-705.

21 Oriundo do sistema americano e presente no sistema brasileiro desde a Constituição de 1891.

22 Ou processo objetivo, como explica VELLOSO: “A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), regulada, em conjunto com a ADC, pela Lei 9.868/1999, desenvolve seu trâmite em processo objetivo, sem interesses subjetivos, partes processuais ou contraditório, pelo menos em seus sentidos tradicionais”. BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: análise e propostas para seu aprimoramento. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009, p. 108.

23 Sobre o tema: MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 173.

inclusão no texto constitucional de dispositivo que permitiria ao STF definir se a decisão proferida em controle de constitucionalidade teria efeito retroativo ou prospectivo. A rejeição, então, fez presumir a adoção pelo texto constitucional do princípio da nulidade, através da qual a decisão proferida em Ação Direta de Inconstitucionalidade detém natureza declaratória e o vício acarreta a nulidade da norma ab initio.

3. Teoria da nulidade

A teoria da nulidade da norma inconstitucional é aqui construída a partir de uma adaptação da perspectiva de validade de Kelsen, para quem a norma inválida é inexistente – jamais tendo ingressado no ordenamento jurídico. Sendo assim, conforme CAMPOS, “um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei apenas aparentemente, pois que, de fato ou na realidade, não o é.”²⁴

A tradição jurídica brasileira, adotando a tese de que a norma declarada inválida é inexistente, “associa o conceito de inconstitucionalidade com o de nulidade do ato contrário à lei fundamental”²⁵. A CF, enquanto fundamento de validade da norma, faz com que esta, sendo declarada inconstitucional, prevaleça inválida incondicionalmente desde o momento em que é emitida,

24 CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, p. 430.

25 VAZ, Getúlio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. Revista de Informação Legislativa. a. 44, n. 173, jan./mar. 2007, p. 104.

ou em que ocorre a contradição ou desconformidade.²⁶

Conforme a teoria da nulidade, aqueles atos que foram praticados em conformidade com a norma que vem a ser declarada inconstitucional não devem remanescer, uma vez que configuram afronta à mais alta instituição presente em um ordenamento constitucional. Assim, os efeitos da decisão final dada em sede de ADI, em regra, retroagem ao seu nascedouro (*ex tunc*), dado que a lei inconstitucional assim o é desde a sua origem.

Ocorre que embora o direito seja vida e movimento, nem sempre a atuação jurisdicional acompanha o tempo percorrido pelo teatro da vida. Há situações em que o direito custa a dirimir vício normativo que, pela presunção da constitucionalidade das normas, já é incorporado à dinamicidade da sociedade. Assim, por vezes, o STF demora inúmeros anos para apreciar a ADI de uma lei que já propagou seus efeitos pela vida.

Surge daí outra complexa discussão envolvendo o tempo: os efeitos retroativos da decisão em sede de controle de constitucionalidade acabam, por vezes, atingindo outros vetores jurídicos inerentes à própria ideia de sistema jurídico, como a segurança jurídica. Assim, passam a ganhar força novas teorias que flexibilizam a teoria da nulidade absoluta do ato praticado

26 “É declaratória a sentença que afirma a inconstitucionalidade. É que o vício da inconstitucionalidade acarreta a nulidade da norma, conforme orientação assentada há muito tempo no STF e abonada pela doutrina dominante entre nós. Assim, a afirmação da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade da norma, mediante sentença de mérito na ação direta ou na ação declaratória, simplesmente declara a validade ou a nulidade. Sendo declaratória a sentença, a sua eficácia temporal, no que se refere à validade ou nulidade do preceito normativo, é *ex tunc*, como ocorre nessa espécie de julgado. ‘A Corte’, explicou o Ministro Brossard, ‘verifica e anuncia a nulidade como o joalheiro pode afirmar, depois de examiná-lo, que aquilo que se supunha ser um diamante não é diamante, mas um produto sintético. O joalheiro não fez a pasta sintética, apenas verificou que o era. Também a decisão judicial não muda a natureza da lei, como o joalheiro não muda a natureza do diamante. Ela nunca foi lei, ele nunca foi diamante. Aquilo que se supunha ser um diamante e que o perito verificou ser um produto sintético, não deixou de ser diamante a partir da verificação do joalheiro, mas ab initio não passava de produto sintético. Também a lei inconstitucional. O Judiciário não a fez inconstitucional, apenas verificou e declarou que o era. Por isso seu efeito é *ex tunc*’”. ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 48-49.

em consonância com a norma inconstitucional, como é o caso da teoria da anulabilidade.

4. Teoria da anulabilidade

Embora já se discutisse a possibilidade de conferir à decisão em sede de ADI efeitos *ex nunc*, prevalecia a tese de que essa decisão seria dotada de efeitos *ex tunc*. Referida conclusão, no entanto, foi mudando ao longo da história do Supremo Tribunal Federal²⁷.

Veja que há situações em que o princípio da segurança jurídica é colocado em instabilidade em razão dos efeitos *ex tunc* da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, uma vez que o estado constitucional pauta-se na garantia que os indivíduos têm de que o teatro da vida realizado sob o império de uma norma deve perdurar, considerando ainda que a regra é a da presunção de constitucionalidade das leis. Em razão disso, passa-se a defender a premissa de que as normas inconstitucionais deveriam ser apenas

27 “(o princípio da supremacia da Constituição) estimula reflexões teóricas em torno da natureza do ato inconstitucional, daí decorrendo a possibilidade de reconhecimento, ou da inexistência, ou da nulidade, ou da anulabilidade com eficácia *ex nunc* ou eficácia *ex tunc*, ou, ainda, da ineficácia do comportamento estatal incompatível com a Constituição. (...) Impõe-se reconhecer, no entanto, que se registra, no magistério jurisprudencial desta Corte, e, no que concerne a determinadas situações (como aquelas fundadas na autoridade da coisa julgada ou apoiadas na necessidade de fazer preservar a segurança jurídica, em atenção ao princípio da boa-fé), uma tendência claramente perceptível no sentido de abrandar a rigidez dogmática da tese que proclama a nulidade radical dos atos estatais incompatíveis com o texto da Constituição da República”. STF, ADI 2215 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 17/04/2001, publicado em DJ 26/04/2001.

anuláveis.²⁸

Referido colorário pode ser também extraído da teoria de Kelsen, para quem a lei ‘inconstitucional’ é, até a sua anulação, uma lei válida – não sendo nula, mas apenas anulável. Veja que as leis inconstitucionais em verdade guardam conformidade com a Constituição, dado que de alguma forma ingressaram no sistema, o que as torna válidas e vigentes. Entretanto, essas leis, embora válidas, seriam anuláveis por um processo especial. Mencionada conclusão, extraída da Teoria Pura do Direito, consistiria em uma forma de assegurar a unidade lógica no sistema jurídico.

Em suma, a declaração de inconstitucionalidade teria um caráter constitutivo, e não declaratório e, portanto, seria facultado ao Tribunal reconhecer que a lei aplicada por longo período seria eficaz preteritamente e, portanto, apta a produzir efeitos.

No Brasil, como fruto de um esforço adaptativo da doutrina austríaca que aplicava a flexibilização da nulidade absoluta da lei inconstitucional, o Supremo passa a adotar, em situações especiais, técnica de mitigação dos efeitos colaterais causados ao ordenamento jurídico pela invalidação de lei declarada inconstitucional. Esta é inclusive a premissa contemplada pelo artigo 27 da Lei nº 9.868/99, que prevê que a norma inválida possa surtir efeitos quando verificadas razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social.

28 “por outro lado, tem sido sustentado que essa regra geral não é universalmente verdadeira: que existem muitas exceções ou que certas exceções têm sido reconhecidas a esse respeito; que essa teoria é temperada por diversas outras considerações; que uma visão realista vem corroendo essa doutrina; que asserções tão amplas devem ser recebidas com reservas e que, mesmo uma lei inconstitucional, é um fato eficaz, ao menos, antes da determinação da constitucionalidade, podendo ter consequências que não é lícito ignorar. Tem sido sustentado, por isso, que a lei inconstitucional não é nula mas somente anulável ou que é inexecutável em vez de nula, ou nula no sentido de que é inexecutável, porém, não no sentido de que é anulada ou abolida; que a lei inconstitucional permanece inoperante enquanto a decisão que a declara inválida é mantida e que, enquanto essa decisão continua de pé, a lei dorme, porém, não está morta.” RE 89108, Relator(a): CUNHA PEIXOTO, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/1980, DJ 19-12-1980 PP-10943 EMENT VOL-01197-04 PP-00949 RTJ VOL-00101-01 PP-00207.

Considerações finais

O controle de constitucionalidade é um tema que está em constante modificação, principalmente após a CF/88. A sua formatação histórica clássica vem mudando – com um aparente maior prestígio do controle concentrado em detrimento do difuso²⁹. Tal afirmativa pode, ainda, ser confirmada pela ideia, hoje não mais tão nova, da objetivação do controle difuso após a vinda da repercussão geral para o recurso extraordinário (EC/45), e das demais técnicas recursais encampadas pelo CPC/2015, como o recurso repetitivo.

Concluiu-se ao longo deste estudo que o controle concentrado de constitucionalidade é fruto de uma adaptação da teoria kelseniana. No entanto, os efeitos decorrentes da decisão proferida em sede de uma ADI passam, ao menos nos primórdios da adoção dessa técnica, ao largo dos efeitos defendidos pelo jurista austríaco em sua teoria.

A ideia de que a norma inconstitucional é nula desde o início anuncia certo desconforto em relação às concepções criadas por Kelsen, para quem a norma, uma vez ingressando no sistema jurídico, somente poderia ser anulável³⁰.

Sendo assim, o entendimento no STF quanto à teoria da nulidade no controle de constitucionalidade concentrado foi mudando, de forma a flexibilizá-la. Em certas hipóteses, justificadas por razões de índole constitucional (segurança jurídica ou excepcional ineteresse social), passa a vigorar a negativa ao efeito repristinatório da, uma vez sedimentada, teoria da nulidade. Essa solução parece ser a mais adequada e proporcional frente à necessidade de garantia da segurança jurídica inerente a um Estado Democrático de Direito.

29 DELLORE, Luiz Guilherme. Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 383.

30 Há, ainda, quem defenda que a técnica correta seria da nulificabilidade: HECK, Luís Afonso. Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. Aspectos controvertidos do controle de constitucionalidade. Salvador: JusPodivm, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. A garantia jurisdicional da Constituição brasileira: análise e propostas para seu aprimoramento. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

CADEMARTORI, Sérgio. Estado de Direito e legitimidade. Porto Alegre: Editora Livraria do advogado, 1999.

CAMPOS, Francisco. Direito constitucional. V. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

DELLORE, Luiz Guilherme. Estudos sobre coisa julgada e controle de constitucionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, André Dias. Eficácia das decisões do STF em ADIN e ADC: efeito vinculante, coisa julgada erga omnes e eficácia erga omnes. Salvador: JusPodivm, 2009.

HECK, Luís Afonso. Jurisdição constitucional: teoria da nulidade versus teoria da nulificabilidade das leis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JOBIM, Marco Félix; SIMON, Pedro Fulber. O instituto da modulação de efeitos e as alterações oriundas do Código de Processo Civil de 2015. Revista Interesse Público, ano 21, n. 118, nov./dez. 2019.

JOBIM, Marco Félix. Medidas estruturantes: da Suprema Corte estadunidense ao Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

KELSEN, Hans. Teoria pura o direito. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira. Barueri, SP: Manole: 2003.

MARQUES, Franciane de Fátima. A justiça na Constituição: conceito e sua concretização pela prática constitucional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MARINONI, Luiz Guilherme. O STJ enquanto corte de precedentes: recompreensão do sistema processual da corte suprema. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAES, Alexandre de. Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Dalton Santos. Controle de constitucionalidade: exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Salvador: JusPodivm, 2010.

PANDOLFO, Rafael. Efeitos modulatórios em matéria tributária. In: XVII Congresso Nacional de Estudos Tributários. São Paulo: Noeses, 2020.

PAULO NETO, Carlos Romero Lauria. A decisão constitucional vinculante. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2011.

PEIXOTO, Leonardo Scofano Damasceno. Supremo Tribunal Federal: composição e indicação de seus ministros. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.

10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCHMITT, Carl. O guardião da Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 12. ed. Malheiros, Rio de Janeiro, 1998.

VAZ, Getulio. A declaração de inconstitucionalidade e seus efeitos para os atos administrativos. Revista de Informação Legislativa. a. 44, n. 173, jan./mar. 2007.

ZANOTTI, Bruno Taufner. Controle de constitucionalidade: leis comentadas. Salvador: JusPodivm, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

O direito à educação de qualidade diante do fenômeno da pandemia do covid-19 e as medidas de austeridades do governo brasileiro

The right to quality education before the phenomenon of covid-19 pandemic and government austerity measures brazilian

Daniella Maria Pinheiro¹

Luís Alexandre Carta Winter²

Sumário: 1. A Educação segundo a ONU e UNESCO e a educação em nível global frente a pandemia do Covid-19. 2. O Direito à educação no Brasil. As normas internacionais e as leis internas sobre o tema. 3. O que o Brasil pode aprender com a ordem internacional em matéria de educação? 4. A importância das práticas pedagógicas sustentáveis e a Agenda 2030 da ONU/ODS n.4 e n. 11. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

Resumo: O presente trabalho visa analisar o direito à educação de ensino superior, como um direito fundamental e humano, previsto tanto em tratados internacionais como no direito brasileiro. No primeiro momento, são analisados dados da ONU e da UNESCO

1 Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pela UniBrasil/PR. Doutoranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Bolsista na área estratégica em Direitos Humanos. Membro do Conselho Editorial da Revista Laboratório de Americano de Estudos Constitucionais Comparados - LAECC. Membro do Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional - Nead - PUC/PR. Membro do grupo de Pesquisa Estudos Políticos e Internacionais do Centro Universitário Internacional de Curitiba - Uninter. Membro da Comissão do Pacto Global da OAB/PR. Membro da Comissão de Medição da OAB/PR. Membro da Cevige - Centro de estudos sobre violência de gênero da OAB/PR. Professora Universitária, com ênfase em Direito Constitucional/Direitos Humanos. Advogada.

2 Doutorado em Integração da América Latina pelo USP/PROLAM (2008). Professor na graduação, de pós lato sensu onde coordena a especialização em Direito, logística e negócios internacionais. Professor de Direito Internacional Econômico e Direito da Integração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Coordenador do NEADI - Núcleo de Estudos Avançados em Direito Internacional (www.neadi.com.br). Membro de Centro de Letras do Paraná e do Instituto de Advogados do Paraná. Advogado.

sobre a educação em nível mundial, e os reflexos do fenômeno mundial da pandemia do Covid-19. No segundo momento, são analisadas as leis relativas ao direito de educação no Brasil, e ainda, no terceiro momento, o que o Brasil pode aprender com a ordem internacional em matéria de educação. Conclui-se que o que o Brasil deve se utilizar das experiências internacionais recomendadas pela UNESCO utilizando-se das experiências com o fenômeno do Covid-19 para a inovação das práticas pedagógicas sustentáveis, de modo a aprimorar a educação e o ensino superior no Brasil.

Palavras-chave: educação; globalização; direitos humanos; Covid-19.

Abstract: The paper aims to analyse the right to higher education, as a fundamental and human right, foreseen in both international treaties and brazilian law. In the first moment, data from the UN and UNESCO on education at a global level are analyzed, and the reflections of the global phenomenon of the Covid-19 pandemic. In the second moment, the laws are related to the right to education in Brazil, and the international treaties on the subject, especially to higher education are analysed. The conclusion is that Brazil should use the international experiences recommended by UNESCO using the experiences with the Covid-19, phenomenon for the innovation of sustainable pedagogical practices in order to improve education and higher education in Brazil.

Keywords: education, globalization, human rights, Covid-19.

1. A Educação segundo a ONU e UNESCO e a educação em nível global frente a pandemia do Covid-19.

Segundo a ONU – Organização das Nações Unidas, as estatísticas demonstram que os esforços realizados pelos países no sentido de promover a educação por meio do ensino em nível

mundial³. No entanto, dado alarmante também divulgado pela ONU aponta que, de fato, o direito à educação não vem sendo promovido em nível internacional⁴, sendo uma conduta violadora de direitos humanos, já que a educação é emancipadora e propicia uma redução das desigualdades.

Segundo pesquisas relevadas pela UNESCO, o direito à educação está incluso em 82 constituições no mundo, mas apenas 55% das violações são passíveis de judicialização, sendo que em apenas 41% dos países foi exercido esse direito do cidadão⁵, o que revela a fragilidade da efetivação desse direito humano em nível internacional.

Também segundo dados da UNESCO⁶, em 2016, havia cerca de 758 milhões de adultos, incluindo 115 milhões de pessoas com idades entre 15 e 24 anos, que não são capazes de ler ou escrever

3 ONU: “O Banco Mundial e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) estimam que, em 1960, só 42% da população mundial sabiam ler e escrever. Em 2015, esse percentual cresceu para 86%. Alguns países – Andorra, Azerbaijão, Cuba, Eslovênia, Geórgia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Polônia, Rússia e Tajiquistão – possuem índices de alfabetização de 100% ou perto disso.” Disponível em <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/acesso>: acesso em 10/07/2019.

4 “Apesar do crescimento acentuado em taxas de alfabetização nos últimos 50 anos, ainda há 650 milhões de adultos analfabetos no mundo todo, sendo a maioria composta por mulheres.” (...) Em 43 países, localizados principalmente no norte da África, na África Subsaariana e no oeste e no sul da Ásia, mulheres de 15 a 24 anos ainda têm menos probabilidade que homens de habilidades básicas de leitura e escrita. Já os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) fornecem uma oportunidade essencial para garantir que todos os jovens e a maior parte dos adultos atinjam alfabetização até 2030, com quatro ODS focados no acesso e na qualidade da educação. Em muitos lugares, meninas são impedidas por práticas sociais e culturais de receber educação.

5 ONU. <https://nacoesunidas.org/relatorio-publicado-pela-unesco-ajuda-cidadaos-a-reivindicar-direito-a-educacao/>: acesso em 10/07/2019.

Ao pronunciar-se sobre o “Relatório GEM”, o diretor Manos Antoninis, afirmou que os governos são responsáveis pelo direito à educação, e ainda que “se não estão fazendo como prometeram, deveríamos ser capazes de reivindicar legalmente nosso direito à educação. Sem isso, os tratados de direito internacional não valem mais do que o papel no qual estão escritos.

6 UNESCO. Relatório “Grale III”, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por: acesso em 10/07/2019. Globalmente, 139 dos 195 Estados-membros da UNESCO participaram do “GRALE III”, o que equivale a uma taxa de resposta de 71% dos países.

uma frase.⁷⁸

Segundo outro estudo da UNESCO⁹ elaborado em 2017, demonstra-se que o número de estudantes universitários aumentou em quase 100%, entre os anos de 2000 a 2014, sendo que nos países mais ricos 74% dos jovens estão nas universidades, ao passo que apenas 8%, nos países mais pobres, sendo necessário novas medidas a garantir o pagamento de empréstimos estudantis, novos marcos regulatórios para o fim de gerar uma igualdade de oportunidades.

Ainda segundo o estudo acima mencionado, em todos os países, com exceção os de alta renda na Europa e na América do Norte, apenas 18 dos jovens mais pobres conseguem concluir o ensino médio para cada 100 jovens mais ricos, destacando-se que, principalmente, a região da África subsaariana, em que não há conclusão do ensino médio pelo jovem rural. Já nos países de baixa renda, três quartos dos países possuem os jovens na escola aos 15 anos, sendo que desses jovens, metade está adquirindo a educação básica.¹⁰

Para a UNESCO, são grandes prioridades: (i) “atingir a proficiência em alfabetização e em habilidades básicas para os

7 UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917>_por: acesso em 10/07/2019. “A educação é essencial para a dignidade e os direitos humanos, e é uma força para o empoderamento. A educação de mulheres também tem grandes impactos nas famílias e na educação das crianças, influenciando o desenvolvimento econômico, a saúde e o engajamento cívico de toda a sociedade. Ao seguir adiante, a aprendizagem e a educação de adultos devem ser construídas por meio de uma abordagem holística e intersetorial, o que requer um trabalho entre os setores, orientado por uma necessidade urgente de aprofundar parcerias. Devemos continuar a informar todos os setores sobre a importância primordial da educação para o sucesso em todas as áreas da vida.”

8 UNESCO. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917>_por: acesso em 10/07/2019. “O terceiro “Relatório Global sobre Aprendizagem e Educação de Adultos” (Global Report on Adult Learning and Education – GRALE III) é lançado no momento em que a comunidade internacional trabalha rumo à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Ao demonstrar a importância da contribuição que a aprendizagem e a educação de adultos podem oferecer a muitos setores da sociedade, estou confiante que este Relatório servirá como uma ferramenta valiosa para o avanço da nova agenda global.”

9 ONU News. <https://news.un.org/pt/story/2017/04/1583571-unesco-governos-nao-acompanham-demanda-pelo-ensino-superior>: acesso em 10/07/2019.

10 Ibidem.

adultos” e isso independentemente da renda; (ii) a vulnerabilidade pelas questões relacionadas ao gênero, em razão de exclusão maior ocorrer com as meninas: “9,7% das meninas de todo o mundo estão fora da escola, comparado a 8,3% dos meninos”, sendo que a grande maioria dos adultos (63%) com baixas habilidades de alfabetização é formada por mulheres. Pois, de fato, a maioria dos países não alcançou a meta da “Educação para Todos”, de atingir 50% de melhoria nos níveis de alfabetização de adultos até 2015”¹¹

12

Em relação ao mal acometido pelo surgimento do Covid-19, cerca de 40% dos países de baixa renda não adotaram nenhuma medida para apoiar os alunos com risco de exclusão durante a crise desse vírus. Nesses países, adolescentes mais privilegiados possuem 20% (vinte por cento) mais chances de concluir o nível médio do que os mais pobres, assim aprofundando as desigualdades existentes em diversas regiões, especialmente nas regiões do sul do planeta.¹³ E mesmo antes da pandemia, 12 milhões de crianças já estavam excluídas da educação na América Latina e no Caribe, sendo a pobreza o principal obstáculo para o acesso.

Portanto, além de demonstrar que tais ações têm por objetivo enfrentar o grave atual problema da pandemia, a UNESCO destaca

11 UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por; acesso em 10/07/2019. “A educação é essencial para a dignidade e os direitos humanos, e é uma força para o empoderamento. A educação de mulheres também tem grandes impactos nas famílias e na educação das crianças, influenciando o desenvolvimento econômico, a saúde e o engajamento cívico de toda a sociedade. Ao seguir adiante, a aprendizagem e a educação de adultos devem ser construídas por meio de uma abordagem holística e intersetorial, o que requer um trabalho entre os setores, orientado por uma necessidade urgente de aprofundar parcerias. Devemos continuar a informar todos os setores sobre a importância primordial da educação para o sucesso em todas as áreas da vida.”

12 UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por; acesso em 10/07/2019. “O terceiro “Relatório Global sobre Aprendizagem e Educação de Adultos” (Global Report on Adult Learning and Education – GRALE III) é lançado no momento em que a comunidade internacional trabalha rumo à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Ao demonstrar a importância da contribuição que a aprendizagem e a educação de adultos podem oferecer a muitos setores da sociedade, estou confiante que este Relatório servirá como uma ferramenta valiosa para o avanço da nova agenda global.”

13 UNESCO. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000373721_por; acesso em 25/07/2020.

a necessária ação conjunta para se estabelecer as bases de uma integração sistemática das melhores práticas, para que se possa aumentar o compartilhamento do conhecimento para o futuro da aprendizagem no pós Covid-19, com o objetivo de se construir sociedades mais inclusivas, sustentáveis e resilientes. Estas iniciativas promovidas pela UNESCO são na maioria gratuita e suporta vários idiomas, contemplando dezenas de plataformas e smartphones.

Assim, por todas as estatísticas ora expostas, observa-se que são inúmeros os desafios a serem alcançados, em nível mundial, no que se refere à uma Educação da forma mais orgânica e saudável, e isso sob o ponto de vista do direito ao acesso, da qualidade, da não discriminação, da não estigmatização, dentre outros sensíveis problemas da atualidade.

2. O Direito à Educação no Brasil.

A Constituição de 1988, em seu artigo 205¹⁴, vem a contemplar o direito à educação, a ser realizado pela família e Estado e à luz do princípio da universalidade, é um direito de todos os cidadãos, em homenagem a dignidade humana. Já o artigo 211, elucida a competência entre os diversos entes da federação quanto a organização colaborativa do sistema de ensino. O artigo 214 estabelece os objetivos do plano educacional, e ainda, no artigo 208 traz a importante autonomia didático-científica, administração e de gestão financeira e patrimonial das universidades públicas.

Por sua vez, o Plano Nacional de Educação-PNE, estabelecido para o decênio 2014-2024, por meio da lei n. 13.005/2014, portanto, plano aprovado pelo congresso nacional e sancionado pela presidência da república em 26/06/2014, determina as metas para ampliação ampliar dos investimentos públicos em educação

14 Art. 205 CR/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.”

pública, estabelecendo-se, de início, um patamar de 7% do produto interno bruto - PIB ao final de 5 (cinco) anos, no mínimo, o equivalente a 10% do PIB ao final dos 10 (dez) anos de vigência da referida lei, o que demonstra que o Brasil vinha implementando uma política de fortalecimento do direito à educação de forma progressiva, tal como determina os tratados internacionais de direitos humanos e a constituição federal de 1988.

Ademais, a Lei de Diretrizes Básicas, 1996, dispõe o artigo 55, expressamente que “caberá à União assegurar, anualmente, em seu orçamento geral, recursos suficientes para manutenção e desenvolvimento das instituições de educação superior por ela mantidas.”, o que denota a necessidade de o governo federal dar cumprimento à lei orçamentária quando da aprovação da destinação dos recursos públicos pelo congresso nacional.

Segundo dados da UNESCO em 2016, o Brasil estava no ranking dos países que mais investiram em educação, em percentual maior de 6% sob o produto interno bruto. Ainda que alguém dos investimentos necessários, o Brasil vinha investindo na educação de ensino superior com regularidade e de forma ampliativa¹⁵.

De acordo com as normas do PNE¹⁶ o Brasil necessita a partir de 2019 até 2024, investir 10% (dez o cento) do seu PIB, o ano, em educação pública, o que não deve ocorrer, já que o anúncio do governo é investir na meta de 7% (sete por cento) do PIB em educação, uma vez que a meta atingida em 2018 foi de 6% (seis por cento) do PIB. Ocorre que a Emenda Constitucional n.95/2016 “asfixiou a verba destinada à Educação, inviabilizando o PNE atualmente em vigor.

Pois bem. Em 2016, com a aprovação da Emenda constitucional n. 95/2016, há a aprovação da emenda constitucional que permite

15 BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metasp12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>

16 BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metasp12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>

a redução de verbas para setores essenciais, dentre eles, saúde, educação, etc. A repercussão foi tamanha que Relatores da ONU¹⁷, convocaram o governo brasileiro a prestarem esclarecimentos e reverem suas medidas consideradas de austeridade, em razão dos diversos dispositivos relativos à direitos fundamentais e humanos, cuja eficácia imediata contidos na constituição brasileira de 1988.

Ademais, recentemente, o atual governo brasileiro determinou, através do Decreto lei n. 9.741/2019, o corte do orçamento público destinado às universidades federais, de modo a inviabilizar o funcionamento das atividades, e impactando, sobremaneira, o acesso ao ensino superior de forma gratuita, o que se revela em descompasso e desrespeito ao que está previsto em normas internacionais e legislações internas vigentes, o que foi de repercussão negativa interna e internacional, haja vista o compromisso do Brasil pelo investimento na Educação.

3. O que o Brasil pode aprender com a ordem internacional em matéria de educação?

Há muito vem-se debatendo sobre os mitos da educação no Brasil e os problemas de aprendizagem que persistem no sistema educacional, tais como: melhor formação dos professores, melhor remuneração, maior investimento na capacitação dos alunos, melhor infraestrutura das escolhas, etc.

A pandemia apenas trouxe à tona problemas que já vem sendo detectados no sistema educacional brasileiro desde a década de

17 ONU. PALAIS DE NATIONS.1211 GENEVA.10, SWITZERLAND. Mandates of the Special Rapporteur on the right to education; the Special Rapporteur on the right to food; the Independent Expert on the effects of foreign debt and other related international financial obligations of States on the full enjoyment of all human rights, particularly economic, social and cultural rights; the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context; the Special Rapporteur on extreme poverty and human rights; the Special Rapporteur on the human rights to safe drinking water and sanitation; and the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice. Disponível em <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/08/OL-BRA-4-2018.pdf>; Acesso em 02/01/2021.

90, com o estabelecimento de das políticas nacionais de educação e que com erros e acertos, vem sendo necessário de forma urgente a ser repensada e remodelada, de acordo com os anseios da sociedade do século XXI, sociedade essa tecnológica, marcada por tantos desafios, à exemplo das mudanças de paradigmas.

Muitos desafios estão sendo impostos ao sistema de saúde em nível global por ocasião do surgimento do Covid-19, e não seria diferente no território brasileiro, sendo um país com dimensões continentais, em que os direitos básicos fundamentais e humanos ainda são cotidianamente desrespeitados, tal como saúde e educação. Outro recente estudo foi elaborado por entidade internacional promovido pela Word Bank Group Education, no sentido de serem apontadas algumas diretrizes básicas dos países para a tomada de decisão. É o que será demonstrado a seguir, ao longo da exposição.¹⁸

Segundo o estudo, 156 países optaram pelo fechamento total das atividades. Já outros, optaram pelo fechamento parcial, como nos EUA, em que se pretendeu suspender 8 semanas das atividades, ou ainda fechamento total em zonas de risco¹⁹. Em sentido oposto, há aqueles países que optaram pela manutenção da abertura das escolas, como na Suécia, por entenderem que os custos do fechamento não supram os ganhos da estratégia. Há também países que optaram pelo fechamento progressivo, adotando o fechamento conforme a área de risco, inicialmente, e após, optou pelo fechamento total, como Portugal. No Brasil, também se optou por realizar o fechamento total das atividades²⁰ no decorrer no ano de 2020.

No Brasil, de acordo com o IBGE, quase 70% (setenta por cento) das pessoas com mais de 10 anos de idade acessam a

18 WORLD BANK GROUP. <http://pubdocs.worldbank.org/en/413781585870205922/pdf/politicas-educacionais-na-pandemia-da-covid-19-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-o-resto-do-mundo.pdf>; acesso em 22/07/2020.

19 Ibidem.

20 WORLD BANK GROUP. <http://pubdocs.worldbank.org/en/413781585870205922/pdf/politicas-educacionais-na-pandemia-da-covid-19-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-o-resto-do-mundo.pdf>; acesso em 22/07/2020.

internet no Brasil, e ainda, 75% dos municípios possuem acesso à internet, sendo que no domicílio, o acesso via celular é o predominante.²¹

Ainda no Brasil, que se verifica é que mesmo nos estados mais ricos, em que as escolas possuem acesso à internet, os docentes possuem pouca familiaridade com essa dinâmica em sala de aula. Nesse sentido, faz-se crucial o apoio aos docentes nesse período de transição para a educação à distância, com a formação continuada e com o uso de instrumentos de monitoramento das atividades e avaliações realizadas pelos alunos.

A evidência internacional demonstra que esse efeito negativo na transição para o ensino à distância ocorre: (i) pela falta de familiaridade com as ferramentas; (ii) pela falta de um ambiente motivador ao aprendizado; (iii) ao desencontro de informações entre o que era ensinado em sala de aula presencial e, agora, no ambiente virtual.

Também de acordo com a experiência internacional, a educação à distância pode ser mais ágil e eficaz se forem criados instrumentos de aplicativo das instituições já existentes para celulares, para fins de facilitação na entrega das informações, bem como a criação de parcerias com provedores de internet locais, para o melhor acesso e distribuição de materiais. Nesse aspecto, seria importante e bastante útil aos alunos brasileiros a adoção dessas medidas pelas instituições, já que 25%, em média, ainda necessitam de mais aparato tecnológico para realizar suas atividades virtualmente, ou seja, à distância.

Outro elemento por demais importante é o engajamento dos estudantes a ser fomentado pela instituição, pela promoção das aulas à distância, e ainda, pelos familiares, reforçando-se a necessidade do apoio dos pais nesse processo de aprendizado, sendo bastante relevante que haja uma conscientização dos pais nesse sentido.

21 IBGE. <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=acesso%20a%20internet&searchphrase=all>; Acesso em 25/07/2020.

Além disso, levando-se em conta a urgência dos desafios impostos pelo Covid-19, é imprescindível destacar soluções e estratégias à curto prazo, assim, sugerindo-se, de acordo com a experiência internacional, no que se refere ao conteúdo pedagógico que: (i) criação de recursos on line no processo de aprendizagem; (ii) a curadoria de conteúdos para docentes e alunos, no que se refere à qualidade e compreensão da informação que está sendo levada ao aluno.

Além disso, no que se refere à estrutura, sejam adotados: (i) outros veículos, tais como rádio e televisão, bem como (ii) o desenvolvimento de websites com conteúdos gratuitos e offline, e ainda, (iii) sejam disponibilizados acesso à internet em locais públicos, como praças, parques, escolas, etc²². Já no que se refere aos docentes, segundo o mesmo estudo, algumas importantes medidas devem ser adotadas, como a criação de grupos pedagógicos em aplicativos de mensagens formulados pelos docentes em conjunto da mesma disciplina; (ii) criação de um canal direto com o aluno para dúvidas e informações; (iii) identificação dos docentes chaves para que possam apoiar na condução das atividades pedagógicas junto aos alunos; (iv) realização de atividades de monitoramento a serem realizadas pelos estudantes²³.

No que se refere ao engajamento dos pais e responsáveis, medidas extremamente relevantes devem ser estabelecidas: (i) na produção de materiais de ensino com instruções detalhadas sobre as atividades; (ii) um canal eficaz de apoio aos pais, para que caso necessitem possam servir de suporte, seja ele técnico, pedagógico ou emocional; (iii) uso de ferramentas como mensagens de texto, para manter contato próximo aos pais²⁴.

Também faz-se relevante lembrar as lições de Nóvoa, ao

22 WORLD BANK GROUP. <http://pubdocs.worldbank.org/en/413781585870205922/pdf/politicas-educacionais-na-pandemia-da-covid-19-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-o-resto-do-mundo.pdf>; acesso em 22/07/2020.

23 WORLD BANK GROUP. <http://pubdocs.worldbank.org/en/413781585870205922/pdf/politicas-educacionais-na-pandemia-da-covid-19-o-que-o-brasil-pode-aprender-com-o-resto-do-mundo.pdf>; acesso em 22/07/2020.

24 Ibidem.

afirmar que são três as medidas aptas à superarem os dilemas atuais: (i) a primeira, no sentido de que os professores tenham um compromisso social acerca da necessidade de mudança; (ii) é necessário que sejam construídas novas pontes, parcerias, entre o mundo profissional e o universitário, de modo que haja uma maior integração entre as gerações dos profissionais, de modo de forma a criar um ambiente propício às novas experiências, à pesquisa e a inovação; (iii) é preciso reforçar e consolidar a construção de redes de trabalho coletivo, sendo necessário o reforço da voz acadêmica da docência nos espaços públicos, assim como ocorre em outras profissões²⁵.

De fato, estamos num momento do Brasil e do mundo que a educação urge por ser remodelada. A pluralidade, a multiculturalidade, a diversidade, as diferenças econômicas, socioculturais, de gênero, de graus de deficiência, dentre outros descompassos, trazem à tona a necessidade de uma educação orgânica, sem vícios, de modo que se possa alcançar a todos, sem distinção²⁶. Para isso, faz-se imprescindível uma construção conjunta do sistema educacional, principalmente após a pandemia no covid-19.

De igual importância é o pensamento de Claxton, ao afirmar, em suas reflexões sobre os três pilares para o processo de aprendizagem, da correlação com o estudo da personalidade, das emoções e dos sentimentos que desequilibram a mente, sendo eles: resiliência, manifestada como autocontrole no processo de defesa da novas aprendizagens; e ainda, desenvoltura; e reflexividade, trazendo a capacidade de reflexão, de senso crítico, e de readaptação às novas situações relevantes no processo de aprendizagem.

É de se concluir, portanto, que os fatos recentes relacionados à pandemia do Covid -19 propiciam aos educadores uma excelente

25 NÓVOA. António Manuel Seixas de Sampaio da. O Regresso dos Professores. Editora Mello, 2011.

26 CLAXTON, Guy. O desafio de aprender ao longo da vida. Editora Art. Med. 2005. Pg. 120/121.

oportunidade para atuarem em conjunto, de modo a refletirem sobre todo o fenômeno ocorrido, e que certamente não será o único, e partir daí, remodelar o modelo de educação instituído no Brasil em dias atuais.

O desenvolvimento da educação no Brasil é uma tarefa de todos, conjuntamente: alunos, pais, professores, das instituições, do Estado, de maneira engajada e proativa no sentido de reconstruir o sistema educacional brasileiro aliado aos novos anseios de uma sociedade sustentável.

Medida salutar nesse sentido, foi a aprovação da emenda constitucional (PEC n. 15/15), em 2020, relativa ao FUNDEB – Fundo de Manutenção para o Desenvolvimento da Educação básica e de Valorização dos profissionais da Educação) e que em votação histórica, o Congresso Nacional aprovou tal medida o que irá impactar, positivamente, as classes mais desfavorecidas no país, principalmente nos municípios da região Norte e Nordeste, e que muito dependem desse recurso para o avanço na Educação. São iniciativas desse porte que podem acarretar um movimento importante de engajamento pela reformulação do sistema educacional no Brasil.

Por fim, afirma Freire, “gosto de ser gente porque, inacabado sei que sou um ser condicionado, mas, consciente do inacabamento, sei que posso ir mais além dele”²⁷. É nesse espírito que a academia brasileira necessita realizar esforços e estar propostas a novos aprendizados. A evolução da educação certamente está num constante aprendizado, ressignificado e empenho em prol do avanço.

Portanto, um futuro sustentável somente tem lugar quando respeitada a dignidade humana, inclusão social, e proteção ambiental. Só assim e apenas assim, é que será possível uma sociedade mais responsiva, mais inclusiva e mais sustentável, coadunando com os objetivos de desenvolvimento sustentável

27 FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. Editora Paz e Terra. 2015. P. 52.

(ODS n. 11 – Comunidades e Cidades Sustentáveis), adequada e preparada aos desafios das futuras gerações.

5. Considerações Finais.

O Brasil, vem, paulatinamente, avançando em seu sistema educacional, com avanços e retrocessos, nas últimas décadas, se comparado no contexto internacional, especialmente o da América Latina. O último Relatório (GEM) de 2020 da UNESCO não traz a classificação relativa ao Brasil, porém, apresenta algumas observações relativa à exclusão dos indígenas e alunos com deficiência, no entanto, dá destaque quanto ao aumento de estudantes com deficiências em escolas regulares, e ainda, à linguagem brasileira de sinais reconhecida por lei (Libras).

Assim como em muitos países, a pandemia trouxe à tona discrepantes diferenças entre dos níveis de educação, evidenciando a falta de aparato para lidar com as adversidades, tal como o presente momento da pandemia do Covid-19, restando claro que as populações menos favorecidas são sempre as mais atingidas em períodos de crise, provocando a evasão escolar, o que não é diferente do que ocorre no âmbito do ensino para jovens e adultos no Brasil.

É certo que momentos de crise podem trazer um ressignificado aos valores cruciais da humanidade e que necessitam serem preservados pelos países. Nesse sentido, além do apoio do Estado Brasileiro é salutar o compartilhamento de informações e o engajamento em prol da reconstrução de um sistema educacional no país. São nesses momentos em que se imagina que a proatividade de toda uma comunidade possa elevar a educação a um patamar condizente à sua importância, redimensionando-se a emancipação dos indivíduos, como um direito constitucional que não admite haver retrocesso de investimento no Brasil.

6. Referências.

ACNUDH. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>: Acesso em 10/07/2019

ACNUDH. <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>: Acesso em 10/07/2019; acesso em 25/07/2020.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução Roberto Raposo; revisão técnica Adriano Correia. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

BRASIL. Presidência da República. Decreto lei n. 591/1992.

BRASIL. Plano Nacional de Educação. <http://www.observatoriodopne.org.br/indicadores/metas/12-ensino-superior/indicadores/porcentagem-de-matriculas-da-populacao-de-18-a-24-anos-na-educacao-superior/>: Acesso em 10/07/2019

BRASIL. Procuradoria Geral da República. <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/201cbloqueio-imposto-pelo-mec-a-instituicoes-de-ensino-e-inconstitucional201d-aponta-procuradoria-dos-direitos-do-cidadao>: Acesso em 10/07/2019

IBGE. <https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=acesso%20a%20internet&searchphrase=all>; ACESSO EM 25/07/2020.

CLAXTON, Guy. O desafio de aprender ao longo da vida. Editora Art. Med. 2005.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa. Editora Paz e Terra. 2015. P. 52.

MAZZUOLI. Valério de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo. Editora Gen. Método. 2015.

NÓVOA. Antonio. O Regresso dos Professores. Editora Mello, 2011.

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

ONU _____ <https://nacoesunidas.org/artigo-26-direito-a-educacao/acesso>: acesso em 10/07/2019.

ONU. _____ <https://nacoesunidas.org/unesco-alerta-que-paises-estao-fora-do-caminho-para-atingir-metas-de-educacao-ate-2030/>; aceso em 25/07/2020.

ONU. _____ <https://nacoesunidas.org/relatorio-publicado-pela-unesco-ajuda-cidadaos-a-reivindicar-direito-a-educacao/>; Disponível em 25/07/2020.

ONU _____ <https://www.conectas.org/wp/wp-content/uploads/2018/08/OL-BRA-4-2018.pdf>; Disponível em 02/0/2021.

WORLD BANK GROUP. <http://pubdocs.worldbank.org/en/413781585870205922/pdf/POLITICAS-EDUCACIONAIS-NA-PANDEMIA-DA-COVID-19-O-QUE-O-BRASIL-PODE-APRENDER-COM-O-RESTO-DO-MUNDO.pdf>; acesso em 22/07/2020.

UNESCO. <https://nacoesunidas.org/agencia/unesco/>: acesso em 23/07/2020.

UNESCO. https://en.unesco.org/gem-report/sites/gem-report/files/GEMR2016_PORT_SUMMARY.pdf: acesso e 10/07/2019.

UNESCO. _____ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000109590_por: acesso em 10/07/2019.

UNESCO _____ Accountability in education. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260657>;

_____ <https://nacoesunidas.org/ensino-superior-e-garantia-para-jovens-conseguirem-emprego-formal-nos-paises-em-desenvolvimento-diz-oit/>.

_____ https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000245917_por

www.g1.globo.com/educacao/noticia/2019/06/01/por-que-

a-alemanha-decidiu-investir-mais-42-bilhoes-de-euros-em-universidades.ghml: acesso em 10/07/2019.

cartacampinas.com.br/2019/05/universidades-dos-eua-recebem-10-vezes-mais-dinheiro-publico-do-que-de-empresas-para-pesquisa/: acesso em 20/07/2019.

_____ https://en.unesco.org/gem-report/sites/gem-report/files/GEMR2016_PORT_SUMMARY.pdf: acesso e 10/07/2019.

Deficiência e doença: delimitar a fronteira para garantir proteção laboral

Disability and illness: delimiting the border to ensure labor protection

Joana Neto¹

Resumo: A proteção laboral atribuída às pessoas com deficiência, por confronto com as pessoas com doenças, nomeadamente doença crónicas, tem merecido uma abordagem doutrinal e jurisprudencial diferenciada nos ordenamentos jurídicos europeus. A inexistência de um regime específico que abranja os doentes crónicos leva a situações de discriminação. Importa, assim, aferir a necessidade de, por um lado, clarificar a fronteira entre doença e deficiência e perceber se, em alguns casos, a doença pode consubstanciar uma forma de deficiência, bem como refletir sobre a necessidade de criar um regime jurídico específico dos doentes crónicos com vista a impedir situações de desproteção laboral.

Palavras chave: Deficiência; Doença; Incapacidade; Proteção Laboral; Discriminação.

Abstract: The labour protection granted to people with disabilities, in comparison with people with illnesses, in particular chronically ill people, has deserved a differentiated doctrinal and jurisprudential approach in European legal systems. The lack of a specific regime covering the chronically ill has led to situations of discrimination. It is therefore important to assess the need, on the one hand, to clarify the boundary between illness and disability and to understand whether, in some cases, the illness may constitute a form of disability, as well as to reflect on the need to create a specific legal regime for the chronically ill in order to prevent situations of labour unprotection.

Keywords: Disability; Illness; Disability; Labour Protection; Discrimination.

¹ Doutoranda em Direito da Nova School of Law, Porto. Mestre em Direito do Trabalho e das Empresas pelo ISCTE-IUL (Instituto Universitário de Lisboa). Licenciada em Direito pela FDUP (Faculdade de Direito da Universidade do Porto). E-mail: joanaisabelneto@gmail.com

1. A proteção nacional e internacional dos trabalhadores com deficiência

Em Portugal, a proteção conferida aos trabalhadores com deficiência encontra-se prevista em instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado Português, como a Convenção n.º 159 sobre readaptação profissional e emprego de pessoas portadoras de deficiência (adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, na sua 69.ª Sessão, realizada em Genebra, em 20 de junho de 1983, em articulação com a Recomendação n.º 168), bem como na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD).

Acresce que o artigo 71.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), no elenco dos direitos económicos, sociais e culturais, consagra o direito fundamental das pessoas com deficiência determinando que:

«1. Os cidadãos portadores de deficiência física ou mental gozam plenamente dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição, com ressalva do exercício ou do cumprimento daqueles para os quais se encontrem incapacitados.

2. O Estado obriga-se a realizar uma política nacional de prevenção e de tratamento, reabilitação e integração dos cidadãos portadores de deficiência e de apoio às suas famílias, a desenvolver uma pedagogia que sensibilize a sociedade quanto aos deveres de respeito e solidariedade para com eles e a assumir o encargo da efetiva realização dos seus direitos, sem prejuízo dos direitos e deveres dos pais ou tutores.

3. O Estado apoia as organizações de cidadãos portadores de deficiência.»

A CRP contempla ainda, no âmbito do direito fundamental ao trabalho (alínea c), do n.º 2, do artigo 59 da CRP), que incumbe ao Estado assegurar as condições de trabalho, retribuição e repouso a que os trabalhadores têm direito, nomeadamente: «A especial proteção do trabalho das mulheres durante a gravidez e após o parto, bem como do trabalho dos menores, dos diminuídos e dos que desempenhem atividades particularmente violentas ou em

condições insalubres, tóxicas ou perigosas».

Importa salientar que a CRP de 1976, nomeadamente o artigo 18.º/1 da CRP, introduziu a eficácia horizontal e direta dos direitos fundamentais nas relações entre privados em especial no contrato de trabalho. O reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas, como explica Abrantes², é feita através das «regras dos conflitos de direitos, nomeadamente com aplicação do princípio da proporcionalidade» ou «pelas cláusulas gerais de direito privado (v.g., a boa fé)». Tendo em conta que, consoante alerta ainda, o contexto laboral é permeável a violações de direitos fundamentais, o contrato de trabalho é «o âmbito natural para o desenvolvimento de uma tal eficácia dos preceitos e valores constitucionais, tornando-se necessário responder à questão de saber se – e até que ponto – os interesses na base do poder do empregador exigem e justificam, no caso concreto, a limitação da liberdade do trabalhador»³. As restrições de direitos fundamentais, em conformidade com o n.º2 do artigo 18.º, in fine, devem «limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos», e têm que, de acordo com o n.º3 do mesmo artigo, revestir carácter geral e abstrato não podendo ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Na prática poderá estar em causa um conflito entre a liberdade do trabalhador e a autonomia contratual do empregador. Nessa ponderação é necessário obedecer a um critério de concordância prática, através do princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões: necessidade, adequação e proibição do excesso. Aquele reconhecimento determina que a limitação dos direitos fundamentais no âmbito da relação de trabalho se cinge a interesses legítimos.

Para ABRANTES⁴ «o trabalhador é livre para tudo aquilo que

2 ABRANTES, José João (2014), *Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial a reserva da intimidade da vida privada* (algumas questões), p. 16, 2014.

3 Ibidem.

4 Ibidem, P.20.

não diga respeito à execução do seu contrato”, pelo que «qualquer limitação imposta à liberdade civil do trabalhador deverá revestir natureza absolutamente excepcional». O autor faz mesmo uma analogia entre a relação estabelecida no contrato de trabalho com o poder do Estado, pelo que «o empregador só poderá limitar a liberdade do trabalhador quando tal lhe seja especificamente permitido (legal, convencional ou contratualmente) e/ou se houver subjacentes à sua atuação interesses que, no caso concreto, se mostrem merecedores de uma tutela superior à daquela liberdade».⁵

Na verdade, o desafio da proteção laboral a estes trabalhadores pode, em concreto, contrapor o direito constitucional ao trabalho e à segurança no emprego (artigos 58.º e 53.º, respetivamente, da Constituição da República Portuguesa) à livre iniciativa económica (artigo 68.º da C.R.P.), na dimensão da liberdade da entidade empregadora contratar ou não contratar. Não obstante, para além da necessária obediência ao princípio da concordância prática face a direitos fundamentais em confronto, bem como de obediência ao princípio da proporcionalidade, também o princípio da igualdade, previsto no artigo 13.º da CRP, deverá funcionar como uma válvula de segurança na tutela dos direitos. Não é despreciando o papel dos apoios do Estado que deve mobilizar meios para que a entidade empregadora desenvolva medidas de ação positiva em defesa dos trabalhadores.

Importa, assim, atender ao quadro legal vigente, prevendo o Código do Trabalho (CT) um conjunto de normas que assentam numa lógica de discriminação positiva dos trabalhadores com deficiência ou doença crónica e de uma proteção laboral acrescida (artigos 85.º a 88.º do CT) que se traduz em: medidas de ação positiva em favor de trabalhador com deficiência ou doença crónica; dispensa de algumas formas de organização do tempo de trabalho de trabalhador com deficiência ou doença crónica e dispensa de prestação de trabalho suplementar.

Assim, no ordenamento jurídico português a legislação

nacional e internacional e os instrumentos jurídicos ratificados pelo Estado Português, como a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) conferem proteção laboral às pessoas com deficiência em três momentos essenciais da relação contratual:

No acesso ao trabalho, através de medidas de discriminação positiva;

No desempenho da atividade, garantindo-se adaptação ao posto de trabalho, formação adequada, especial proteção na parentalidade, mudanças no regime de faltas e licenças, dispensa de modalidades de flexibilização de tempo de trabalho e medidas de ação positiva do empregador;

Na cessação do contrato por via de restrições ao recurso abusivo ao despedimento por inadaptação⁶, ao despedimento ‘com justa causa’⁷ e à caducidade do contrato por impossibilidade superveniente e definitiva do trabalhador prestar trabalho.

O conceito de deficiência adotado pela CDPD remete para uma ideia de incapacidade. De acordo com o artigo 1.º da CDPD: «As pessoas com deficiência incluem aqueles que têm incapacidades duradouras físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais, que em interacção com várias barreiras podem impedir a sua plena e efectiva participação na sociedade em condições de igualdade com os outros».

No entanto, conforme esclarece Moreira⁸: «As pessoas podem ser deficientes sem serem incapazes de trabalhar, e incapazes de trabalhar sem serem deficientes».

Não é despidendo que os conceitos em apreço, sobretudo o de deficiência, não só têm sofrido mutações com o decurso do tempo, como assumem diferentes contornos consoante os

6 Cfr. NETO, Joana, Despedimento por inadaptação – Reforma ou consagração legal do despedimento sem justa causa, Almedina, 2014.

7 FERNANDES, António Monteiro Questões laborais n.º39 – Janeiro Junho 2012, “A justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei - Notas de um “check up” periódico”, p.1 – 48, 2012.

8 Moreira, Teresa Coelho. Igualdade e não discriminação. Estudos de Direito do Trabalho, Almedina, p. 168. 2013.

modelos teóricos que adotarmos. O modelo biomédico é centrado nas incapacidades do indivíduo procura superá-las através da medicina e da adaptação à sociedade, o modelo social distingue a noção de deficiência (disability) e de incapacidade (impairment) e o modelo relacional ou biopsicossocial considera que a deficiência não provém apenas do parecer social, mas também tem implicações na vida psicológica e emocional das pessoas⁹. O conceito de deficiência sofreu uma evolução histórica que Carvalho –Freitas e Marques (2007)¹⁰ enquadraram em seis grandes matrizes: A) “Matriz de interpretação da subsistência/sobrevivência”, em que a deficiência é vista como inibidora da subsistência do povo; B) “Matriz da sociedade ideal e função instrumental da pessoa” em que a pessoa com deficiência não tinha lugar na sociedade; C) “Matriz da interpretação da deficiência como fenómeno espiritual” em que a deficiência era vista como castigo divino; D) “Matriz da interpretação dominante” que encara a deficiência como um desvio à norma; E) “Matriz de interpretação”; F) “Técnica como matriz de interpretação dominante”.

Consideram WADDINGTON e PRIESTLEY¹¹ que uma definição de deficiência sob uma perspetiva médica é incompatível com a CDPD. Alertam ainda para a dificuldade de construir um modelo unicamente social sem ter em conta as incapacidades. Para os mesmos autores a perspetiva da deficiência numa lógica de direitos humanos pressupõe que as pessoas sejam encaradas como sujeitos e não como objetos, sendo o grande desafio o de respeitar uma abordagem da deficiência centrada na pessoa sem individualizar o conceito de deficiência.

II – A admissibilidade de proteção laboral alargada na doença crónica

9 Ibidem, p. 165-169. 2013.

10 Pereira, Garcia; Figueiredo, Margarida Simões. O exercício do direito ao trabalho da pessoa com deficiência motora. Revista Questões Laborais, da Associação de Estudos Laborais, Ano XXIV, n.º50 – Jan/Jun 2017, Almedina. 2017.

11 WADDINGTON, Lisa; PRIESTLEY, Mark. A human rights approach to disability assessment. Journal of International and Comparative Social Policy, 2020

No que toca à admissão da proteção na doença, a nível comunitário, a Diretiva 2000/78/CE do Conselho, de 27 de novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional não reconhece a doença crónica como uma das causas de discriminação. Os Estados Membros não consagram, de forma expressa, a doença como causa de discriminação, mas apenas a discriminação que assenta na incapacidade da pessoa, tal como surge previsto no ordenamento jurídico espanhol, italiano, alemão e inglês (Equality Act, de 2010). Cumpre, no entanto, salientar que o Reino Unido adota, ao contrário de Espanha, um conceito amplo de incapacidade, integrando doenças como o cancro ou a esclerose múltipla.¹²

Na prática, a proteção laboral a conferir às pessoas com deficiência, por confronto com as pessoas com doenças, nomeadamente doenças crónicas, tem um enquadramento legal distinto, apesar de algumas situações de equiparação na proteção conferida aos trabalhadores, como acontece na Lei n.º 90/2019, de 04 de Setembro, relativa ao reforço de direitos na parentalidade, tendo merecido tratamento doutrinal e jurisprudencial diferenciado nos vários ordenamentos jurídicos europeus e por parte das instâncias europeias, com especial destaque para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

A tutela dos trabalhadores com deficiência e doenças crónicas é diferenciada em obediência ao princípio da igualdade que obriga justamente a tratar de forma diferente o que é diferente e de forma igual o que igual. A questão é que, na prática, a ausência de um regime jurídico específico para os doentes crónicos pode traduzir-se numa proteção equiparada aos restantes trabalhadores, nomeadamente em matéria de despedimento¹³, o que se traduz

¹² FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia, Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo, Volumen 3, núm 1, enero-marzo. 2015

¹³ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Silvia (2015), Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada, Revista Internacional y Comparada de RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO Volumen 3, núm 1, enero-marzo de 2015.

numa situação de desproteção laboral e discriminação face à sua condição de vulnerabilidade. Assim, a determinação concreta da esfera da deficiência e da doença é essencial para determinar os limites de proteção ou não proteção dos trabalhadores com deficiência.

Convém salientar que, com vista a dar garantias aos trabalhadores no caso de doenças com cada vez maior incidência, ainda que com cada vez maiores probabilidades de cura, como é o caso do cancro, há quem defenda a recondução de doenças oncológicas¹⁴ a uma forma de deficiência.

III – A relevância da jurisprudência do TJUE

A jurisprudência do TJUE reflete uma mudança no conceito de deficiência decorrente das implicações da ratificação por parte da União Europeia da CDPD pelo que algumas das suas decisões judiciais são relevantes para esta reflexão, tais como:

a)Chacón Navas¹⁵

Este caso reporta-se ao despedimento, por uma empresa espanhola, de um trabalhador durante uma licença por doença. A empresa assumiu a irregularidade do ato e pagou uma indemnização. Segundo a lei espanhola, em caso de despedimento discriminatório, os trabalhadores devem ser reintegrados. Esta decisão levanta duas questões:

1) Em primeiro lugar se, nos termos do artigo 1.º da Diretiva 2000/78, a trabalhadora despedida apenas devido à sua doença é abrangida pelo seu âmbito de proteção;

2) Em segundo lugar, assumindo como negativa a resposta primeira questão, se é possível considerar a doença como uma

14 ROUXINOL, Milena. Congresso Internacional Labour 2030 - Rethinking the Future of Work.

15 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, 11 de Julho de 2006, Processo C.13/05.

característica adicional àquelas em que a diretiva proíbe a discriminação.

O Tribunal respondeu negativamente a ambas as perguntas. A compreensão restrita do conceito presente na decisão foi criticada pela doutrina.

b) HK Dinamarca (Jette Ring)¹⁶

O processo HK Dinamarca debruça-se sobre uma trabalhadora chamada Jette Ring. A trabalhadora sofria de dores lombares permanentes sem tratamento, faltou reiteradamente ao trabalho e depois disso foi informada do seu despedimento.

De acordo com uma disposição da lei dinamarquesa, se a trabalhadora estivesse ausente do trabalho no ano anterior devido a doença, sem perda de salário, durante pelo menos 120 dias, o empregador poderia informá-la da cessação do seu contrato. Este período é mais curto do que o período prescrito por lei para a maioria dos trabalhadores.

Após o seu despedimento, a Jette Ring foi contratada por outra entidade, onde começou a trabalhar a tempo parcial (20 horas por semana) com uma cadeira de altura ajustável.

Segundo o TJUE, nos termos da Diretiva 2000/78, se uma doença curável ou incurável implicar uma limitação resultante de lesão física ou mental, cuja interação com diferentes barreiras pode impedir a participação plena e ativa da pessoa em causa na vida profissional, pode ser interpretada como uma deficiência.

c) Coleman e Kaltof¹⁷

No caso de Coleman, foi considerado que existe discriminação no caso de assédio de um empregado cujo filho era deficiente. Já no caso Kaltof, ficou claro que mesmo que a causa da deficiência

16 Acórdão de 11 de abril de 2013, processos C-335/11 e C-337-11

17 Acórdão de 18 de dezembro de 2014, processo C-354/13.

tenha sido causada pela obesidade do trabalhador, o facto de as circunstâncias terem sido causadas por ele não é suficiente para excluir a aplicação da diretiva.

Segundo a diretiva «em particular os artigos 2.º e 5.º, é proibida a discriminação directa, o tratamento menos favorável de uma pessoa em relação a outra, porque tem uma deficiência, mas também indirecta, que resulta de uma disposição, critério ou prática que, mesmo que pareça neutra, é susceptível de causar desvantagens a pessoas com deficiência em comparação com outras pessoas. A adopção de medidas razoáveis para adaptar as condições de trabalho às características da pessoa com uma deficiência está relacionada com a discriminação indireta analisada por FREDMAN.¹⁸

III – Conclusões

Os conceitos de “deficiência”, “doença” e “incapacidade para o trabalho” não estão claramente definidos para aplicação quer no direito da União Europeia e internacional quer no direito nacional.

Conforme MOREIRA¹⁹ deixa claro, os conceitos em questão, particularmente a deficiência, mudam ao longo do tempo, e tomam contornos diferentes dependendo dos modelos teóricos adotados. Se, por um lado, o modelo biomédico se centra nas deficiências do indivíduo e na sua superação através da medicina e da adaptação à sociedade, por outro o modelo social distingue entre a noção de deficiência e de incapacidade, enquanto o modelo relacional, ou biopsicossocial, considera que a deficiência não vem apenas da opinião social, mas também tem implicações na vida psicológica e emocional das pessoas.

18 FREDMAN, Sandra, em *Discrimination Law*, Oxford, Londres, p. 182-183 and 192-193, 2011 explicou que o empregador necessitará da legitimidade do objetivo, bem como da adequação e indispensabilidade do objectivo a ser alcançado.

19 WADDINGTON, Lisa; LAWSON Anna. *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative Analysis of the Role of Courts* (International Law and Domestic Legal Orders) Hardcover, p.245-252. 2018.

É de notar que, inevitavelmente, todos seremos confrontados com uma diminuição das nossas capacidades físicas e doenças. Esta diminuição da capacidade pode condicionar parte das nossas vidas com repercussões inevitáveis na atividade profissional e a diminuição da capacidade de trabalho.

A ausência de previsão legal específica para as situações de discriminação com base na doença e na idade²⁰, uma vez que o envelhecimento tem uma ligação com o aparecimento de doenças e com formas de cessação do contrato (despedimento por inadaptação ou caducidade) traduz-se em situações de desproteção laboral. Nesta sede, a distinção entre o conceito de doença e deficiência, determinando o âmbito de proteção conferido às doenças crónicas, bem como na densificação do conceito de adaptação razoável é essencial. No que respeito à adaptação razoável trata-se explicitar de disposições baseadas na perda da capacidade para desempenhar determinadas funções e na imposição, ou não, conforme o caso, da verificação da existência de outros empregos compatíveis para esse trabalhador. Como alertava SUPLOT:²¹

«A noção de aptidão para o emprego mereceria mais atenção do que é geralmente dada a ela. É evidente que está estreitamente ligada à condição de licitude do objecto do serviço do trabalhador: para ser lícito, o objecto deve consistir num corpo apto para o trabalho, e a inaptidão, ao privar o contrato de um objecto lícito, leva à sua ruptura ou à redefinição dos seus termos em condições compatíveis com a condição física do trabalhador».

A tutela da discriminação da pessoa com deficiência pressupõe uma interpretação ampla o suficiente do conceito de deficiência que se compagine com a perspetiva constante da CDPD. Salvo melhor opinião, e para não obstaculizar a essa tutela e numa perspetiva de direitos humanos, a doença crónica,

20 Cfr. Moreira, Teresa Coelho. Discriminação em razão da idade dos trabalhadores: anotação ao acórdão do TJUE, Richard Prigge, de 13 de setembro de 2011, processo C-447/09. Questões Laborais, n.º39 – Janeiro Junho 2012, pp. 137-141, 2013.

21 SUPLOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho, p.99. 2016.

em determinadas circunstâncias que a lei deveria definir de forma clara, tem de merecer um tratamento equiparado ao da deficiência.

Referências bibliográficas

ABRANTES, José João (2014), Direitos fundamentais da pessoa humana no trabalho em especial a reserva da intimidade da vida privada (algumas questões), p 16-20, 2014.

FERNÁNDEZ, Silvia Martínez, Enfermedad crónica y despido del trabajador: una perspectiva comparada, Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo, Volumen 3, núm 1, enero-marzo. 2015.

FERNANDES, António Monteiro Questões laborais n.º39 – Janeiro Junho 2012, “A justa causa de despedimento entre a Constituição e a lei - Notas de um “check up” periódico”, p.1 – 48, 2012

FREDMAN, Sandra (2011), Discrimination Law, Oxford, Londres, p. 182-183 e 192-193, 2011.

MOREIRA, Teresa Coelho. Igualdade e não discriminação. Estudos de Direito do Trabalho, Almedina. p. 9-77 e 165-223, 2013.

MOREIRA, Teresa Coelho. Discriminação em razão da idade dos trabalhadores: anotação ao acórdão do TJUE, Richard Prigge, de 13 de setembro de 2011, processo C-447/09. Questões Laborais, n.º39 – Janeiro Junho 2012, p. 137-141, 2012.

PEREIRA, Garcia; FIGUEIREDO, Margarida Simões. O exercício do direito ao trabalho da pessoa com deficiência motor. Revista Questões Laborais, da Associação de Estudos Laborais, Ano XXIV, n.º50 – Jan/Jun 2017, p. 36-63Almedina. 2017.

ROUXINOL, Milena. Congresso Internacional Labour 2030 - Rethinking the Future of Work.

SUPIOT, Alain. Crítica do Direito do Trabalho, p.99, 2016.

WADDINGTON, Lisa; LAWSON Anna. The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities in Practice: A Comparative

Analysis of the Role of Courts (International Law and Domestic Legal Orders) Hardcover, 2018.

WADDINGTON, Lisa; PRIESTLEY, Mark. A human rights approach to disability assessment. Journal of International and Comparative Social Policy, 2020.

A Proteção de Dados Pessoais na Saúde: O Quanto Avançamos Desde o Caso Henrietta Lacks?

The Protection of Personal Data in Health: How far we have advanced since the Henrietta Lacks case?

Marianna Gazal Passos¹

Sumário: Introdução; 1. O Caso de Henrietta Lacks; 2. Direito à Privacidade; 3. Dados na Saúde como Dados Sensíveis; Considerações Finais; Referências

Resumo: O presente trabalho busca investigar a evolução do direito à privacidade, para isso é usado, como exemplo ilustrativo, o ocorrido com Henrietta Lacks, haja vista a notoriedade do caso por violação à privacidade em relação a dados de saúde. A escolha de usar esse caso advém do fato de ele tratar de abusos em relação aos dados sensíveis que dizem respeito aos valores ligados diretamente à personalidade, ou seja, os dados da saúde. Desse modo, após apresentar o contexto, parte-se para discorrer sobre a evolução do direito à privacidade, realizando breve retomada de casos jurisprudenciais paradigmáticos sobre a temática, o que permite a melhor compreensão da importância desse direito, até se chegar às legislações que tutelam a proteção de dados, como meio de garantir em uma sociedade dinâmica em rede, na qual situações como as de Henrietta não aconteçam. O trabalho, volta-se, em especial, à Lei de Proteção de Dados no cenário Brasileiro, a qual, apesar de ser recente, possui previsões sobre dados sensíveis e com isso os coloca como informações que merecem cuidado especial, sendo considerada grave qualquer violação que ocorra com esses dados. Com isso, visa-se demonstrar o quanto se evoluiu nessa seara desde o caso de Henrietta e ponderar se as novas previsões legislativas seriam capazes de evitar casos como esse, uma vez que hoje vivemos em uma sociedade de intensa

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001. Advogada, Mestranda em Fundamentos do Direito Público e Privado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Bolsista CAPES. Pesquisadora Acadêmica. mariannagazalpassos@gmail.com

circulação de dados pessoais, muito maior que na época da família Lacks.

Palavras-chave: Henrietta Lacks; Privacidade; Dados Sensíveis na Saúde

Abstract: The present work seeks to investigate the evolution of the right to privacy, for this it is used, as an illustrative example, what happened with Henrietta Lacks, given the notoriety of the case for violation of privacy in relation to health data. The choice to use this case stems from the fact that it treats abuses in relation to sensitive data that relate to values directly linked to personality, that is, health data. Thus, after presenting the context, we start to discuss the evolution of the right to privacy, making a brief resumption of paradigmatic jurisprudential cases on the subject, which allows a better understanding of the importance of this right, until we reach the laws that protect data protection, as a means of ensuring in a dynamic network society that situations such as Henrietta do not happen. The work, in particular, turns to the Data Protection Law in the Brazilian scenario, which, despite being recent, has predictions about sensitive data and thus places them as information that deserves special care, being more serious any violation that occurs with them. This aims to demonstrate how much has evolved in this area since the case of Henrietta and to consider whether the new legislative forecasts would be able to avoid cases like this, since today we live in a society in which much more personal data circulates than in the time of the Lacks family.

Keywords: Henrietta Lacks; Privacy; Sensitive Health Data

Introdução

O século XX foi marcado por abusos em vários sentidos, em especial, para o presente estudo, interessam aqueles realizados através de pesquisas em seres humanos. O uso indiscriminado de experimentos, como se sabe, foi uma prática disseminada no regime nazista. Contudo, foi só com o fim da Segunda Guerra Mundial que tais violações direitos tão básicos acabaram vindo à tona, um deles, mais especificamente, refere-se à integridade corporal.

Em decorrência dessas revelações, ocorreu uma mudança em relação aos direitos dos pacientes e de pessoas que participam de experimentos, a qual é marcada e emana do Código de Nuremberg, em 1947.²

Assim, tomando como ponto de partida as atrocidades cometidas pelo regime nazista em nome da medicina, o Código de Nuremberg teve como finalidade, por um lado, limitar a liberdade profissional dos médicos e, por outro, garantir a liberdade e a autonomia do homem sobre o próprio corpo. O principal marco do Código foi a proibição de pesquisas em seres humanos sem a sua anuência.³

Entretanto, mesmo diante dessa mudança de paradigma, violações em relação à privacidade das informações médicas seguiram e seguem ocorrendo. Nesse sentido, o presente estudo visa investigar o panorama atual da proteção de dados no que tange à saúde. Para isso, parte-se do caso Henrietta Lacks, ocorrido no século XX, como forma de exemplificar violações aos dados biomédicos, para, assim, apresentar e avaliar como se desenvolveu a proteção desse e para esse tipo de informação.

Para tanto, discorrer-se-á, primeiramente, sobre o caso de Henrieta Lacks e o que aconteceu com as suas células, após o seu falecimento, em 1951, em decorrência de um câncer de colo de útero. A escolha de estudar esse acontecimento deve-se à necessidade de se demonstrar como a falta de tutela jurídica sobre essas informações pode causar danos e violações em relação à privacidade.

Em um segundo momento, o trabalho irá se voltar para a análise da evolução do direito à privacidade e sua atual tutela jurídica

2 Constituiu o grande marco ético-jurídico sobre o tema. Foi ele elaborado para servir como referência para o julgamento dos médicos nazistas por um tribunal militar americano, em delegação do Tribunal Internacional de Nuremberg. In: FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível: o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. In: Revista de direito civil contemporâneo, v. 4, n. 2, p. 53-105, jul./set. 2015. p. 958.

3 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, Corpo e Autonomia Privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 241.

como direito fundamental. Assim, discorrerá sobre a compreensão dos dados sensíveis enquanto dados na saúde e com isso buscará demonstrar a sua importância por conterem informações elementares e significativas em relação à personalidade.

1. O Caso de Henrietta Lacks

O caso ocorreu em 1951, em Baltimore, Estados Unidos. Henrietta faleceu aos 31 anos, no Hospital Johns Hopkins, devido a um câncer de colo de útero em estágio avançado. Ela deixou cinco filhos, marido e inúmeras células conhecidas, hoje, mundialmente, como células HeLa. A situação é verdadeiramente paradigmática, não somente pela peculiaridade das células de Henrietta, que se caracterizam por multiplicarem-se em velocidade ímpar, mas também pelas consequências do uso de suas amostras celulares sem autorização após o seu falecimento.⁴

Henrietta era uma mulher negra, trabalhadora rural que se mudou com o marido para Baltimore aos 21 anos, em busca de melhores condições de vida. Como já mencionado, após dez anos de sua chegada a Baltimore, Henrietta faleceu e, devido à peculiaridade de seu câncer, foram retiradas amostras celulares para fins de pesquisa sem qualquer consentimento seu ou de seus familiares. O consentimento dado pelo viúvo de Henrietta foi unicamente no sentido de se realizar uma autópsia para benefício de seus filhos no futuro – nada lhe foi dito em relação à pesquisa e ao envio das células para o resto do mundo.⁵

O médico de Henrietta, como muitos outros na época, usava pacientes da ala pública, sem o seu conhecimento ou consentimento, para pesquisas científicas. Os médicos acreditavam que, como esses pacientes estavam sendo atendidos pelo poder público, era

4 GUEDES, Cristiano. Uma mulher negra, suas células e alguns desafios da ética em pesquisa. v.20, supl., nov. 2013, p.1413-1416. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702013000400019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v20s1/0104-5970-hcsm-20-s-1413.pdf> . Acesso em 29/11/2020. p.

5 Idem. p. 1414.

justo usá-los como objeto de pesquisa.⁶ Não somente o fato de ser ala pública, mas, nos EUA, na época de Henrietta, o cenário era de segregação racial, fator que chancelava práticas abusivas com negros, incluindo pesquisas – o que acabava gerando, em muitos casos, inúmeros prejuízos à integridade física dessas pessoas. Um exemplo significativo consiste em pesquisa específica sobre sífilis, a qual levou à morte vários negros estadunidenses, por terem sido privados de assistência médica – foi-lhes negado tratamento, uma vez que interessava aos pesquisadores verificar até onde e como a doença se desenvolvia no corpo humano.⁷

As células de Henrietta, conhecidas como células HeLa, foram um grande marco na história da pesquisa com células. Até seu surgimento, os cientistas buscavam cultivar células para pesquisa, porém todas acabavam morrendo. As células de Henrietta, contudo, eram diferentes, pois se reproduziam de forma veloz e sem parar, além de não morrerem.⁸ Assim, os médicos do Hospital Johns Hopkins acabaram enviando amostras para vários laboratórios que as solicitavam para suas pesquisas. Entretanto, tudo isso acontecia sem o conhecimento de Henrietta e de sua família.

Passados anos de uso das células HeLa para diversas pesquisas e alcançadas inúmeras contribuições médicas, tais como

6 [...And as Howard Jones once wrote, “Hopkins, with its large indigent black population, had no dearth of clinical material.” ...] In: SKLOOT, Rebecca. *The Immortal Life of Henrietta Lacks*. Nova York: Crown Publishing Group, 2010. 369p. p. 25.

7 GOLDIM, José Roberto. O Caso Tuskegee: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/tuske2.htm> . Acesso em 10/12/2020.

8 [“(...)”Henrietta’s cells have now been living outside her body far longer than they ever lived in- side it,” Decker said. If we went to almost any cell culture lab in the world and opened its freezers, he told us, we’d probably find millions—if not billions—of Henrietta’s cells in small vials on ice.

Her cells were part of research into the genes that cause cancer and those that suppress it; they helped develop drugs for treating herpes, leukemia, influenza, hemophilia, and Parkinson’s disease; and they’ve been used to study lactose digestion, sexually transmitted diseases, appendicitis, human longevity, mosquito mating, and the negative cellular effects of working in sewers. Their chromosomes and proteins have been studied with such detail and precision that scientists know their every quirk. Like guinea pigs and mice, Henrietta’s cells have become the standard laboratory workhorse.(...) In: SKLOOT, Rebecca. *The Immortal Life of Henrietta Lacks*. Nova York: Crown Publishing Group, 2010. 369p. p. 10.

vacinas e medicamentos⁹, a família de Henrietta descobriu em 1973 que as famosas células pertenciam originalmente à matriarca da família, então falecida há mais de 20 anos. Compreendida a importância das células e o seu valor científico e econômico, devido aos tratamentos que ajudou a descobrir, a família, então instigada pela imprensa, começou a se questionar acerca dos seus direitos sobre esse material biológico. Naquela época, não havia diretrizes éticas sobre ganhos aos quais os participantes – direitos e/ou indiretos – dessas pesquisas científicas teriam direito.¹⁰

Embora inúmeros questionamentos emergam diante do caso narrado, interessa para este trabalho aspectos referentes à privacidade desses dados genéticos. Nesse sentido, no caso recorrido, a família de Henrietta ficou sabendo sobre o uso de suas células através do assédio da mídia, pois um artigo científico divulgou a identidade de Henrietta. Dessa forma, ressalta-se que não houve qualquer tipo de consentimento, tanto de Henrietta como de seu marido ao autorizar a autópsia, para permitir as pesquisas ou o envio desse material genético para outros laboratórios. Seja como for, hoje, temos o genoma completo de Henrietta e as características genéticas de seus familiares expostos para todo o

9 “(...)The HeLa cells were vital for developing the polio vaccine and uncovering secrets of cancer, viruses and radiation effects. These cells led to improvements in in vitro fertilization, cloning, and gene mapping.(...)” In: KHAN, Faroque Ahmad. Book Review: The Immortal Life of Henrietta Lacks. <https://doi.org/10.5915/43-2-8609>. p.93 Disponível em: <https://jima.imana.org/article/view/8609> . Acesso em 28/11/2020.

10 “(...)Atualmente, documentos internacionais, como a Declaração de Helsinque, ou nacionais, como a Resolução 196/96, indicam não só o direito das pessoas de serem consultadas quanto ao interesse em participar voluntariamente das pesquisas quanto o direito a conhecer e usufruir de possíveis benefícios resultantes dos estudos. Em pesquisas biomédicas, por exemplo, os resultados podem levar à produção de medicamentos aos quais os participantes podem ter acesso. No caso das pesquisas qualitativas, os participantes têm direito a conhecer os resultados do estudo e usufruir de possíveis benefícios indiretos ou mesmo imprevisíveis, como ganhos monetários resultantes de prêmios em dinheiro que um livro ou um filme documentário recebam. (...)” GUEDES, Cristiano. Uma mulher negra, suas células e alguns desafios da ética em pesquisa. v.20, supl., nov. 2013, p.1413-1416. <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-59702013000400019>. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/hcsm/v20s1/0104-5970-hcsm-20-s-1413.pdf> . Acesso em 29/11/2020. p. 1415

munido.¹¹

2. Direito à Privacidade

O direito à privacidade até ser concebido como direito fundamental percorreu um longo caminho, daí ser importante realizar uma breve retomada histórica sobre a consolidação desse direito. De forma prática, essa trajetória tem início com o caso *Meyer v. Nebraska*, em 1923, que foi o primeiro a lançar as bases para o futuro conceito de *right to privacy*.

Em breves linhas, o caso ocorreu da seguinte forma: Robert Meyer foi processado e condenado por ensinar a Bíblia em alemão em uma escola luterana no estado de Nebraska. Sua conduta violava uma lei estadual (*Siman Act*) que proibia o ensino de idioma estrangeiro.¹² O caso chegou à Suprema Corte, a qual declarou a lei inconstitucional, argumentando que ela violava a liberdade protegida pela Cláusula do Devido Processo Legal da Décima Quarta Emenda. Isso indica que os juízes entenderam que a liberdade significa mais do que liberdade corporal, ela inclui, entre outras coisas, o direito de um professor ensinar alemão a um aluno, e o direito dos pais de controlarem a educação de seus filhos como bem entenderem.¹³

Pouco tempo depois, o caso *Olmstead v. United States*, em 1928, foi importante, pois avançou a ideia de que o direito à privacidade teria proteção constitucional. Em síntese, o que ocorreu foi o seguinte: o ex-policial do Estado de Washington, Roy Olmstead, abandonou sua carreira para se dedicar ao contrabando de bebidas alcoólicas vindas do Canadá. Em 1925 ele acabou

11 CALLAWAY, Ewen. Most popular human cell in science gets sequenced The HeLa cell genome is riddled with errors, raising questions about its continued use. *NATURE*, March, 2013. Disponível em: <https://www.nature.com/news/most-popular-human-cell-in-science-gets-sequenced-1.12609> . Acesso em 29/11/2020.

12 USA, *Meyer v. State of Nebraska*. Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/262us390. Acesso em 28/12/2020.

13 USA, *Meyer v. State of Nebraska*. Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/262us390. Acesso em 28/12/2020.

sendo preso e condenado criminalmente por violar a chamada “Lei Seca”.¹⁴ Entretanto, a condenação somente foi possível em razão da interceptação telefônica das linhas de sua empresa e das casas de quatro de seus subordinados. Assim, a defesa, sem sucesso, invocou a quarta e quinta emendas constitucionais para invalidar a interceptação e, com isso, anular todas as provas dela derivadas. O importante desse caso foram os votos divergentes, em especial, o voto de Brandeis, que defendeu o direito de ser deixado só como um direito à garantia da felicidade oriunda da quarta emenda, chamando atenção para o impacto das novas tecnologias nas questões jurídicas.¹⁵

Embora esses tenham sido dois casos fundamentais, um dos marcos doutrinários mais importantes para evolução do direito à privacidade é anterior a eles, ocorrendo em 1890, nos Estados Unidos, quando Samuel Dennis Warren e Louis Demitz Brandeis publicaram, na *Harvard Law Review*, seu artigo intitulado *Right to Privacy*, no qual a privacidade é entendida como “o direito de ser deixado só” (*the right to be let alone*). Tratava-se de um direito à propriedade com alcance ampliado para a noção de propriedade intangível, mas não sendo concebido como um direito autônomo.¹⁶

Esses estudos foram responsáveis para se iniciar uma nova visão acerca da privacidade, fazendo uma migração da ideia de propriedade para a de um direito vinculado à pessoa, analisando a privacidade sob o prisma da dignidade do homem e da inviolabilidade da personalidade humana. Posteriormente, o direito à privacidade foi reconhecido como existente na Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, e, em 1966, quando encontrou regulação pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Em 1969, o direito à privacidade foi positivado na

14 USA, *Olmstead v. United States*.” Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/277us438. Acesso em 28/12/2020.

15 USA, *Olmstead v. United States*.” Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/277us438. Acesso em 28/12/ 2020.

16 RUARO, Regina Linden. A Tensão entre o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e o Livre Mercado. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 4, n.1, p.-389-423, jan./jun.2017. p.392-398.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁷

Entretanto, como a dinâmica social foi alterada drasticamente desde a época de Brandeis e Warren, acabaram sendo impostos novos desafios ao direito à privacidade. Essa nova realidade se deve ao advento da sociedade em rede e das novas tecnologias informacionais, aspecto que torna, mais uma vez, necessária a reavaliação do direito à privacidade, não somente como o direito de ser deixado só, mas também em uma perspectiva informacional. Assim, surgem as noções de autodeterminação informativa e de proteção de dados a fim de providenciar efetiva tutela dos dados pessoais.¹⁸

Na Carta de Direitos Fundamentais da Comunidade Europeia, o direito à proteção dos dados pessoais é assegurado como um direito fundamental autônomo ao direito à privacidade, sendo expressamente prevista a exigência de que os dados pessoais devem ser objeto de tratamento legal, para fins específicos e com consentimento do interessado ou com outro fundamento legítimo que encontre guarida na lei. É também previsto que todas as pessoas possuam o direito de acessar os dados que lhe digam respeito e de obter a respectiva retificação, sendo o cumprimento dessas regras sujeito à fiscalização da autoridade competente.¹⁹

Já na Constituição Brasileira de 1988, o direito fundamental à proteção de dados não possui previsão expressa, mas sua condição de direito fundamental pode ser vista como proveniente do direito à privacidade, ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, e também com salvaguarda parcial e indireta pela previsão da ação de habeas data (art. 5º, LXXII, da Constituição), ao se prever tal

17 RUARO, Regina Linden. A Tensão entre o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e o Livre Mercado. *Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 4, n.1, jan./jun.2017. p.393-395.

18 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.407.

19 EUROPEAN PARLIAMENT. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

ação com status de direito-garantia fundamental autônomo que permita ao indivíduo buscar o conhecimento e mesmo a retificação dos dados constantes nos registros ou nos bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público.²⁰

O que se verifica, pela própria leitura dessas normas, é que o direito fundamental à proteção de dados pessoais está intrinsecamente relacionado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da privacidade, visto que essa interpretação compreende a visão da não redução da pessoa para fins mercadológicos, harmonizando-se com o respeito à igualdade e afastando a possibilidade de interferências não desejadas na vida do indivíduo.

²¹ .

Desse modo, longo caminho foi percorrido desde o caso de Henrietta Lacks, mas o perigo segue sendo o mesmo, qual seja, o uso indiscriminado de informações pessoais. Percebe-se também, mais do que nunca, a importância do consentimento para autorizar o uso dos dados pessoais, especialmente quando são classificados, como no caso de Henrietta, como dados sensíveis.

3. Dados na Saúde como Dados Sensíveis

Diante desse cenário de preocupação com as informações pessoais e com o advento da sociedade em rede, hoje no contexto Europeu temos a General Data Protection²² , no caso dos Estados Unidos, no estado da Califórnia, o California Consumer Privacy

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.431.

²¹ RUARO, Regina Linden. A Tensão entre o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e o Livre Mercado. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, v. 4, n.1, jan./jun.2017. p. 401.

²² Não irá se discorrer no trabalho sobre os dados sensíveis no que tange a GDPR, para mais: UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e40-1-1>. Acesso em 17 /10/ 2020.

Act of 2018 (CCPA) e no Brasil temos a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que entrou em vigor em setembro de 2020. Essas regulamentações visam orientar a sociedade informacional em que vivemos hoje afim de devolver ao cidadão a autodeterminação em relação aos seus dados. Nesse âmbito, em especial para o escopo do trabalho, verificar-se-á o regulamentado na LGPD no que tange aos dados sensíveis.²³

Dados sensíveis são uma espécie de dados pessoais que merecem um regime de proteção diferenciado, dada sua natureza especial. São dados cujo uso por terceiros pode afetar a privacidade do titular, de forma a comprometer sua dignidade e seu desenvolvimento²⁴.

A definição desses tipos de dados se encontra no artigo 5º, inciso II, que determina: “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”

Nesse sentido, o regime diferenciado de proteção aos dados sensíveis vem regulado no artigo 11º da LGPD, o qual estabelece que, de regra, esse tipo de dado só pode ser tratado com o consentimento do titular e para finalidade determinada (art. 11, inciso I). As exceções são previstas no inciso II e se referem à

23 VILLARES, Daniel Jove. Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización. In: Revista Derecho y Salud. Ano 1 n. 1, p. 55-66

24 A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) estabelece: Art. 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; (...). VILLARES, Daniel Jove. Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización. In: Revista Derecho y Salud. Ano 1 n. 1, p. 55-66

desnecessidade de consentimento.²⁵

Como exemplos de dados no campo da saúde podemos mencionar: a realização de diagnóstico, exames para prevenção de doenças, exames laboratoriais, prontuário eletrônico entre outros. Desta forma, não é difícil imaginar a quantidade de médicos, enfermeiros e muitas vezes estudantes que possuem acesso a essas informações, como se pode perceber pelo caso de Henrietta Lacks.

Todavia, não se pode deixar de referir a importância do uso da coleta de dados na saúde, as próprias células HeLa contribuíram enormemente para o avanço da medicina. Assim, tendo em vista que os dados sensíveis podem servir de base para desenvolvimento de tratamentos e serem utilizados como forma de estudo para evolução da ciência biomédica, e, portanto, do bem-estar do próprio ser humano, um dos objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados é o manejo da privacidade em conjunto com o desenvolvimento econômico e tecnológico²⁶.

25 Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. em: BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm . Acesso em 29/12/2020.

26 SOUZA, Matheus; LOUBACK, Mariana; LOPES DE MELLO, Luã M. Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs: Proteção de Dados e a Tutela na Saúde na nova LGPD. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/protecao-de-dados-e-a-tutela-da-saude-na-lgpd/> . Acesso em 16 abr 2019.

Considerações Finais

O estudo parte do famoso caso de Henrietta Lacks, haja vista a sua importância para demonstrar as violações que ocorrem com a ausência de consentimento para uso de dados pessoais na saúde. Desse modo, o trabalho buscou discorrer sobre a evolução do conceito de direito à privacidade e como certos casos tiveram uma importância ímpar para que o direito fundamental à privacidade fosse consolidado.

Em seguida, pode-se perceber que toda essa evolução jurisprudencial e doutrinária acabou gerando novas legislações que buscam tutelar as ameaças aos dados pessoais, uma vez que hoje, com a sociedade informacional, tais ameaças estão muito mais presentes. Em especial, a Lei de Proteção de Dados brasileira possui dispositivos específicos sobre os dados na saúde, tidos como sensíveis, justamente por possuírem informações ligadas à personalidade da pessoa, tais como os dados genéticos.

Assim sendo, pode-se concluir que muito se avançou desde o caso Henrietta Lacks, o qual, se ocorresse nos dias atuais, ao contrário do que aconteceu, teria hoje o amparo de legislações voltadas para a tutela sobre informações pessoais, em especial, informações sobre a saúde. Essas leis caracterizam um esforço no sentido de garantir o anonimato das informações das pessoas, além de, e mais importante, de exigirem o seu consentimento para usá-las. No caso de Henrietta Lacks, ela teria suas informações pessoais protegidas e suas células HeLa somente usadas mediante consentimento dos familiares.

Referências bibliográficas

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 29/12/2020.

CALLAWAY, Ewen. Most popular human cell in science gets sequenced The HeLa cell genome is riddled with errors, raising questions about its continued use. NATURE, March, 2013. Disponível em: <https://www.nature.com/news/most-popular-human-cell-in-science-gets-sequenced-1.12609> .

EUROPEAN PARLIAMENT. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 19 maio 2019.

FACCHINI NETO, Eugênio. O maior consenso possível: o consentimento informado sob o prisma do direito comparado. In: Revista de direito civil contemporâneo, v. 4, n. 2, p. 53-105, jul./set. 2015.

GOLDIM, José Roberto. O Caso Tuskegee: quando a ciência se torna eticamente inadequada. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/bioetica/tuske2.htm> . Acesso em 10/12/2020.

KHAN, Faroque Ahmad. Book Review: The Immortal Life of Henrietta Lacks. <https://doi.org/10.5915/43-2-8609>. p.93 Disponível em: <https://jima.imana.org/article/view/8609> .

RUARO, Regina Linden. A Tensão entre o Direito Fundamental à Proteção de Dados Pessoais e o Livre Mercado. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor, Brasília, v. 4, n.1, jan./jun.2017. p. 401.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.407.

SKLOOT, Rebecca. The Imortal Life of Henrietta Lacks. Nova York: Crown Publishing

Group, 2010. 369p. p. 10.

SOUZA, Matheus; LOUBACK, Mariana; LOPES DE MELLO, Luã M. Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs: Proteção de Dados e a Tutela na Saúde na nova LGPD. Disponível em: <https://>

www.ab2l.org.br/protecao-de-dados-e-a-tutela-da-saude-na-lgpd/ . Acesso em 16 abr 2019.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Saúde, Corpo e Autonomia Privada. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 241.

VILLARES, Daniel Jove. Datos relativos a la salud y datos genéticos: consecuencias jurídicas de su conceptualización. In: Revista Derecho y Salud. Ano 1 n. 1, p. 55-66

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento e Conselho. Regulamento (EU) 2016/679, de 27 de abril de 2016. Relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre Proteção de Dados). Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN#d1e40-1-1>.

USA, Meyer v. State of Nebraska. Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/262us390. Acesso em 28/12/2020.

USA, Olmstead v. United States.” Disponível em: www.oyez.org/cases/1900-1940/277us438. Acesso em 28/12/2020.

No final de janeiro de 2021 o Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR) e a Università di Padova, Dipartimento di Scienze politiche, giuridiche e studi internazionali, promoveram, em Pádua, Itália, o I Seminário Ítalo-brasileiro de Direitos Fundamentais.

O objetivo proposto pelo Seminário foi o de fomentar de forma crítica, metodológica e dialética, o debate jurídico-científico sobre temas que gravitam a esfera dos direitos fundamentais no âmbito europeu, italiano e brasileiro. Para atingir os objetivos, propôs-se a participação colaborativa entre diversos programas de mestrado e doutorado de instituições italianas e brasileiras.

Como resultado dos trabalhos apresentados, e, após a revisão rigorosa do Comité Científico, apresenta-se à comunidade acadêmica internacional os artigos aprovados, de modo a difundir os resultados finais de pesquisas altamente relevantes sobre direitos fundamentais, assim como, apresenta-se os resultados parciais de pesquisas que buscam dar respostas a problemáticas atuais e em constante análise crítica

