

VOLUME 2 | 2020

Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia

Organizadores:

Elena Alvites

Gina Pompeu

Ingo W. Sarlet

A obra coletiva que ora temos a honra e a alegria de apresentar, reúne as contribuições resultantes das pesquisas promovidas pela Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, expostas e debatidas na VII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, realizada de forma remota pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR, com a participação de representantes (docentes e discentes de pós-graduação em Direito) de diversas Instituições de Ensino Superior brasileiras e de outros Estados latino-americanos, como é o caso da Argentina, Chile, Colômbia e Peru. Com a realização de mais uma Jornada, a Rede Interamericana de Direitos Fundamentais avança firmemente no seu processo de consolidação, seja no que diz respeito ao cumprimento dos seus objetivos de natureza científica (pesquisas em parceria, produção científica conjunta e integração acadêmica) seja pelo fato de a cada ano agregar, para além do grupo fundador, mais parceiros de outros Países. É preciso destacar a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Boas leituras!



Editora Fundação Fênix



**Anais da VIII Jornada da Rede Interamericana de
Direitos Fundamentais e Democracia (2020)**

Vol 2

Conselho Editorial

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Adalberto de Souza Pasqualotto -PUCRS

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Augusto Jaeger Júnior – UFRGS

Carlos Bolonha – UFRJ

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

Cláudia Lima Marques – UFRGS

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Daniel Mitidiero - UFRGS

Denise Pires Fincato - PUCRS

Draiton Gonzaga de Souza - PUCRS

Eugênio Facchini Neto - PUCRS

Fabio Siebeneichler de Andrade - PUCRS

Fabiano Menke – UFRGS

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet - PUCRS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

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

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Gustavo Osna - PUCRS

Hermes Zaneti Jr

Hermilio Pereira dos Santos Filho - PUCRS

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Laura Schertel Mendes

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luis Alberto Reichelt – PUCRS

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior
Fellow na Harvard Kennedy School,
Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC
Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP
Patryck de Araújo Ayala – UFMT
Paulo Ricardo Schier - Unibrasil
Phillip Gil França - UNIVEL – PR
Teresa Arruda Alvim – PUC-SP
Thadeu Weber – PUCRS

Conselho Editorial Internacional

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

**Elena Alvites
Ingo Wolfgang Sarlet
Gina Marcílio Pompeu
(Organizadores)**

**Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de
Direitos Fundamentais e Democracia (2020)**

Vol 2



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2021

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

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

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



Série Direito – 41

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcílio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs).

ALVITES, Elena; POMPEU, Gina Marcílio; SARLET, Ingo Wolfgang. (Orgs).
Anais da VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia (2020). Volume II. Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

1058p.

ISBN – 978-65-81110-44-4



<https://doi.org/10.36592/9786581110444>

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

CDD – 340

1. Direitos Fundamentais. 2. Direitos Humanos. 3. Direitos civis. 4. Direitos políticos. 5. Direitos econômicos. 6. Direitos sociais. Direitos culturais. Direitos ambientais.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Os Organizadores 17

PARTE V

DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE CONVENCIONALIDADE 21

1. GARANTISMO E ORDENAMENTO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE O PÓS-POSITIVISMO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

Italo Farias Braga; Nestor Eduardo Araruna Santiago 23

2. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DECISÃO DA ADI 4275: A ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO DE PESSOAS TRANSGÊNERO E A QUESTÃO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES

Mônia Clarissa Hennig Leal; Eliziane Fardin de Vargas 39

3. APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA AUTORIDADE POLICIAL

Jenny Karolin Antunes; Julie Katlyn Antunes Schramm 57

4. O ESTADO DE COISA INCONVENCIONAL: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

Charles Lima e Silva 73

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADO 26

Bianca Brasil 87

6. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES: UMA ANÁLISE DA NATUREZA DAS CONDENAÇÕES BRASILEIRAS

Maria Valentina de Moraes; Felipe Dalenogare Alves 99

PARTE VI

LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE 117

7. O USO DA ESTERILIZAÇÃO COERCITIVA COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO REPRODUTIVO DE MULHERES INCAPACITADAS PELO USO DE DROGAS: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DA MEDIDA PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha; Isadora Machado Pereira 119

8. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EUTANÁSIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO-MATRIZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCIPALISMO BIOÉTICO	
<i>Matteo Ferraz Ungarelli; Elda Coelho de Azevedo Bussinguer</i>	137
9. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DO ADOLESCENTE EM PROCESSO DE HORMONIOTERAPIA	
<i>Ana Paola de Castro e Lins; Joyceane Bezerra de Menezes</i>	155
10. O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA LEI, DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE	
<i>Jefferson Lopes Custódio; Erineuda do Amaral Soares</i>	167
11. O PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DAS CAPACIDADES E FUNCIONALIDADES NA TEORIA DE AMARTYA SEN	
<i>Adriane de Oliveira Ningeliski</i>	181
12. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TESTAR E AS IMPLICAÇÕES DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO APÓS O RE 878.694/MG	
<i>Luciane Sobral</i>	197
13. A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/14)	
<i>Robison Tramontina; Gabriele Ana Paula Schmitz</i>	211
14. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA: ESTUDO SOBRE O DIREITO DA PERSONALIDADE A PARTIR DA ANÁLISE DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO	
<i>Geysa Azevedo</i>	233
PARTE VII	
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES	249
15. O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MIGRANTE NO BRASIL COM ENFOQUE NO BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)	
<i>Arielle Arry Carvalho; Crisley Christine Pereira Cavalcante</i>	251
16. A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA E A CONDUTA BRASILEIRA FACE AO ÊXODO VENEZUELANO	
<i>Ticiane Guerra Pontes Benevides</i>	267
17. A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS NO PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO	
<i>Julia Stefanello Pires; Marcella Oldenburg Almeida Britto</i>	285

PARTE VIII

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS, TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS.....299

18. PILAR II: A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS EM RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS

Patricia Almeida de Moraes301

19. JUSTIÇA FISCAL E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR: IGUALDADE, ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO PRESSUPOSTOS PARA UMA TRIBUTAÇÃO JUSTA

Alessandra da Silva Fonseca; Carolina Ferreira Olsen315

20. OS DEVERES DE PROTEÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS NO CURSO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA "NORTE ENERGIA S.A." NO CASO DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE

Nathalia Soares de Mattos331

21. A SOCIEDADE LIMITADA E A EMISSÃO DE DEBÊNTURES COM FUNDAMENTO NA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Andressa Borges Monteiro Pires349

22. PARÂMETROS INTERAMERICANOS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Andreia Maria Santiago367

23. LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA REQUERER FALÊNCIA: NOVO CAPÍTULO DO EMBATE?

Liliane Gonçalves Matos; Lívia Ximenes Damasceno379

PARTE IX

DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE DAS TÉCNICAS JUDICIÁRIAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....395

24. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Andréa Arruda Vaz; Cibele Pavanatto Mereth397

25. DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DAS PARTES: UMA ANÁLISE PARA ALÉM DO DIREITO À PARIDADE DE ARMAS

Isabelle Almeida Vieira415

26. O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NA CONCEPÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO – CASO PIERSACK V. BÉLGICA

Luana Steffens433

27. O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NA ERA DO NEOPROCESSUALISMO: COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 489 DO CPC/15 E 20 DA LINDB	
<i>Raquel Vieira Paniz</i>	449
28. MEDIAÇÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL	
<i>Luciana Amoroso</i>	463
29. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E A LINDB NA PERSPECTIVA DO CONSEQUENCIALISMO – UM NORTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>Adriana da Costa Ricardo Schier; Marco Antonio Lima Berberi</i>	479
30. INTEGRIDADE DO DIREITO COMO MEIO DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL	
<i>Marcelo Fonseca Gurniski</i>	495
31. RIGOR NO COMBATE AO CRIME DE RECEPÇÃO: UMA IMPORTANTE ESTRATÉGIA EM BENEFÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA	
<i>Roberta Filizola Custódio Barroso; Fernanda Linhares Silva</i>	513
32. O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL	
<i>Elías Trevisol</i>	527
33. QUANTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTE O GARANTISMO? REFLEXÕES ACERCA DA CRÍTICA DE FERRAJOLI AO NEOCONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA	
<i>Felinto Martins Filho; Érica Montenegro Alves</i>	539
34. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE NEUTRALIDADE E PARCIALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL	
<i>Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça; Edson Alves da Silva Filho</i>	555
35. A SOBERANIA DO ESTADO FRENTE À INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	
<i>Daniel Felipe Ramos Vale; Maria Tereza Ramos Vale Halabe</i>	567
36. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ABERTURA DO CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTEGRIDADE: UM NOVO DESAFIO?	
<i>Cássia Camila Cirino dos Santos Fontana; Stanley Ernesto Prause Fontana</i>	583

PARTE X

DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURIDADE SOCIAL, PREVIDÊNCIA, SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL

595

37. A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Adriana da Costa Ricardo Schier; Francieli Korquievicz Morbini **597**

38. RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 657.718/MG

Paulo André Freires Paiva **613**

39. O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE PELA CORTE IDH: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO POBLETE VILCHES VS. CHILE

Rosana Helena Maas; Sabrina Santos Lima **629**

40. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE ACERCA DO PROCEDIMENTO DA EPISIOTOMIA SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Lara Ferreira Lorenzoni; Taynna Francisco Miranda **647**

41. IMPACTO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO DESENVOLVIMENTO E NA (DES)IGUALDADE: UM OLHAR A PARTIR DA ISONOMIA CIDADÃ

Ianara Maressa Macedo da Rocha; Sant Clair Pereira de Lima Souza **663**

42. PARCERIAS PRIVADAS EM SISTEMAS DE SAÚDE – CONTRATAÇÕES QUE PODERIAM REFLETIR EM MAIOR AGILIDADE NO ATENDIMENTO DA POPULAÇÃO E NUMA POSSÍVEL REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

Guilherme Yanik Serpa Sá; Larissa Tais Leite Silva **681**

PARTE XI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EMERGÊNCIA SANITÁRIA EM RAZÃO DA PADEMIA DO COVID-19

695

43. AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DE PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19

Luiza Eisenhardt Braun; Caroline Fockink Ritt **697**

44. A CRISE DA COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: UMA RELATIVIZAÇÃO DO MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS E O NECESSÁRIO DIÁLOGO DE PROTEÇÃO

Rosalice Fidalgo Pinheiro; Flávia Balduino Brazzale **713**

45. FALHA NA TESTAGEM DA VACINA CONTRA A COVID 19: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Robério Fontenele de Carvalho **735**

46. COVID - 19 E A PREVENÇÃO DE PANDEMIAS À LUZ DO GIRO ECOCÊNTRICO NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL	
<i>Luciana Barreira de Vasconcelos</i>	753
47. ANÁLISE DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO A PARTIR DAS DEMANDAS DE UTI NA COVID-19	
<i>Marcio dos Santos Alencar Freitas</i>	771
48. IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO DO CEARÁ	
<i>Mateus Rodrigues Lins; Lívia Chaves Leite</i>	789
49. ATUAÇÃO DA SPS NAS RESIDÊNCIAS INCLUSIVAS CEARENSES PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TEMPOS DE COVID-19	
<i>Ana Beatriz de Mendonça Barroso; Mariana Dionísio de Andrade</i>	801
50. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL EM CONTRASTE COM O DEVER CONSTITUCIONAL DE DEFENDER A SAÚDE PÚBLICA	
<i>Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior; Rosa Júlia Pla Coelho</i>	821
51. O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO EM FACE DO "ESTADO DE EXCEÇÃO" DA PANDEMIA COVID-19 NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	
<i>Rogério Gesta Leal; Marcia Fernanda Alves</i>	841
52. O COLAPSO DO SUS DIANTE DA EMERGÊNCIA SANITÁRIA DECORRENTE DO COVID-19: FORÇA MAIOR OU OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE?	
<i>Suzana Mendonça; Aline Regina Carrasco Vaz</i>	859
53. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E INTERVENÇÕES ESTATAIS NA LIBERDADE ECONÔMICA EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19	
<i>Fernanda Carvalho Marques; Dirceu Pereira Siqueira</i>	875
54. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR EM PROL DOS POVOS INDÍGENAS YANOMAMI E YE'KWANA	
<i>Manoela Fleck de Paula Pessoa; Maria Socorro de Araújo Dias</i>	891
55. A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ABORDAGEM PARA LITÍGIOS COMPLEXOS	
<i>Micaela Porto Filchtnier Linke; Marco Félix Jobim</i>	907
56. A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO ESTADO REGULADOR POR MEIO DE MEDIDAS ECONÔMICAS E SOCIAIS URGENTES NO CEARÁ E NO BRASIL – PANDEMIA DE 2020	
<i>Audic Cavalcante Mota Dias</i>	927

PARTE XII

DIREITOS FUNDAMENTAIS, ANTROPOCENTRISMO E ECOCENTRISMO, DIANTE DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL943

57. EMERGÊNCIA DOS DIREITOS DA NATUREZA À LUZ DO ECOCENTRISMO: UMA MIRADA DECOLONIAL FRENTE AO RETROCESSO AMBIENTAL

Marcia Maria dos S. Souza Fernandes; Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.....945

58. A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECO-BIO-CÊNTRICO

Marcia Andrea Bühring963

59. O RIO SÃO FRANCISCO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS NO CONTEXTO DA ESCASSEZ HÍDRICA NO SEMIÁRIDO NORDESTINO

Patrícia Albuquerque Vieira; Gina Marcílio Pompeu991

60. CIÊNCIA, DIREITO DO SER COLETIVO À LIVRE DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE SUA EXISTÊNCIA E METAMORFOSE DO DIREITO

Liane Maria Santiago; Monica Mota Tassigny..... 1007

61. BIOPOLÍTICA, DECRESCIMENTO E A REFORMULAÇÃO DOS MERCADOS PARA UMA ECONOMIA 4.0

Érica Valente Lopes..... 1023

62. O CRESCIMENTO ECONÔMICO E O DESENVOLVIMENTO HUMANO NO AMAZONAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO LIVRO "A SELVA", DE FERREIRA DE CASTRO

Rosa Oliveira de Pontes Braga 1041

APRESENTAÇÃO

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

Apenas para demonstrar o acima exposto, vale lembrar que a primeira Jornada ocorreu no Brasil em 2014, mediante um circuito de eventos realizados em três universidades brasileiras, UNIBRASIL, Curitiba, Paraná, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS, e UNOESC, Chapecó, Santa Catarina. A segunda Jornada teve lugar, em 2015, na cidade de Lima, Peru, promovida e organizada pela Pontifícia Universidade Católica. Já o terceiro evento ocorreu em São Paulo, Brasil, em 2016, organizado pelas Universidades 9 de Junho, UNINOVE, da Mackenzie e UNIFIEO, no período de 26 a 28 outubro de 2016. O quarto encontro foi novamente realizado em Lima (PUC), de 10 a 12 de outubro de 2017, ao passo que o quinto se deu no Chile, Santiago, de 16 a 18 de outubro de 2018, capitaneado pela Universidade de TALCA. As contribuições que integram a presente obra correspondem aos trabalhos submetidos previamente por discentes e docentes das IES envolvidas e apresentadas nos diversos Grupos de Trabalho durante a VII Jornada Interamericana, realizada em Fortaleza, Brasil, no período de 9 a 12 de outubro de 2019, evento organizado pela Universidade de Fortaleza, UNIFOR, tendo contado com a parceria dos Programas de Pós-Graduação em Direito das Universidades brasileiras fundadoras (PUCRS, UNISC, UNIBRASIL, UNOESC, UNIFOR, FDV, PUCPR) e das Universidades PUC/Lima (Peru), TALCA (Chile), EXTERNADO

(Colômbia) e Universidad de Buenos Aires (Argentina). O evento contou ainda com o apoio financeiro e institucional da CAPES, FUNCAP, Assembleia Legislativa do estado do Ceará e Prefeitura de Fortaleza. O rigor científico, próprio das atividades da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia – REDIDD, resta evidenciado não apenas pela qualidade e prestígio dos seus integrantes (instituições e pesquisadores), mas também pela atualidade e relevância dos temas abordados e sua aderência aos grupos de pesquisas, linhas de pesquisa e áreas de concentração dos Programas de Mestrado e Doutorado de cada uma das instituições que a compõe. A VII Jornada de Direitos Fundamentais e Democracia, organizada pela UNIFOR foi a primeira a ocorrer na modalidade exclusivamente remota tendo em vista o quadro de pandemia de COVID-19. Registre-se que, mesmo com todas as dificuldades, houve ampla participação docente e discente, que seguindo o modelo consolidado propiciou a publicação dos trabalhos discutidos e aprovados.

É preciso destacar a perspectiva crítica e interdisciplinar das pesquisas e da produção técnica e bibliográfica, que traduz o propósito de lidar com os diversos problemas e desafios vinculados aos direitos fundamentais em suas múltiplas dimensões, articulando o sistema interamericano com uma metódica comparativa dos modelos jurídico-constitucionais dos Estados que integram a Rede.

Para ilustrar a transversalidade, atualidade e relevância dos temas que constituem o objeto das pesquisas e da produção científica da Rede, que, por sua vez, são discutidos nas sessões plenárias (conferências) e grupos de trabalho (comunicações científicas de discentes e docentes), segue a relação dos eixos temáticos da VII Jornada: 1) direitos fundamentais e proteção de grupos vulneráveis; 2) direitos políticos fundamentais e os desafios da democracia; 3) direitos fundamentais e novas tecnologias; 4) direitos fundamentais sociais, desenvolvimento e sustentabilidade; 5) direitos fundamentais, controle de constitucionalidade e de convencionalidade; 6) liberdades fundamentais e direitos de personalidade; 7) direitos fundamentais dos migrantes; 8) direitos fundamentais, empresas, tributação e orçamento; 9) direitos fundamentais, garantias judiciais, tutela jurisdicional e devido processo. À vista do exposto, é possível verificar que ao longo dos ainda poucos anos de sua existência, o percurso da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia é, a despeito de sua juventude, já

significativo do ponto de vista quantitativo e qualitativo, demonstrando sua capacidade de contribuir de modo efetivo para a consolidação de uma cultura e gramática integrada e consistente, do ponto de vista teórico-científico, bem como na formação de quadros humanos críticos e proativos, disposta a e capaz de enfrentar os inúmeros desafios atinentes à efetividade dos direitos fundamentais e do Estado Democrático, Social e Ecológico de Direito nas Américas.

Elena Alvites.

Gina Marcilio Pompeu.

Coordenadora do PPGD UNIFOR.

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet.

Presidente Nacional da Red-IDD.

PARTE V
DIREITOS FUNDAMENTAIS, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DE
CONVENCIONALIDADE

1. GARANTISMO E ORDENAMENTO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE O PÓS-POSITISMO FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS

GUARANTEE AND INTERNATIONAL ORDINANCE: A STUDY ON POST-POSITISM IN FRONT OF HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-01>

*Italo Farias Braga*¹

*Nestor Eduardo Araruna Santiago*²

RESUMO

O garantismo aparece no pós-segunda guerra como uma teoria geral do direito que se pretendia pós-positivista. Assim, o objetivo deste trabalho foi analisar como uma teoria pretensamente positivista enfrentava a coadunação do ordenamento interno e externo com a previsão de um ordenamento internacional. Assim, em primeiro plano foi verificada a base de fundamentação do garantismo, configurada a partir de um paradigma liberal de limitação estatal e da previsão de valores axiológicos prévios. Em seguida analisou-se a concepção de direitos humanos e de direitos fundamentais sob a perspectiva formal e material. Verificou-se ainda a compatibilidade do sistema garantista com uma previsibilidade de ordenamento internacional de modo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se utiliza em diversos julgados do termo garantismo como fundamentação. Por fim, tem-se que a previsão garantista impõe a vinculação aos valores axiológicos, de modo que até mesmo o legislador é envolto em um dever de respeito aos preceitos prévios, fazendo com que os sistemas internacionais e o direito interno se complementem numa escala de maior proteção e efetividade dos direitos humanos, advindos de uma ideia imaterializada de direitos naturais aos quais cumprem um positivismo mitigado.

Palavras Chave: Garantismo. Sistema interamericano de direitos humanos. Direitos fundamentais. Positivismo.

ABSTRACT

Garantism appears in the post-war era as a general theory of law that pretended post-positivist. Thus, the objective of this research was to analyze as a supposedly

¹ Doutorando em direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza. Bolsista de pesquisa FUNCAP. E-mail: italofbraga@gmail.com.

² Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela UFMG, com estágio Pós-doutoral pela Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza (Doutorado, Mestrado, Especializações e Graduação em Direito). Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará (Graduação em Direito). Advogado criminalista. E-mail: nestorsantiago@unifor.br

positivist theory from a coordination of the internal order with the prediction of an international ordering. In the foreground was verified a foundation of the guaranty, based on a liberal paradigm of state verification and the praxis of previous axiological values. Was analyzed human aspects and fundamental rights from a formal and material perspective. It was verify a compatibility with the system guaranteed with a predictability of international ordering so that the Inter-American Court of Human Rights could use as a reasoning. Finally, the session guarantees that it imposes a link to axiological values, so that it done in an event respecting previous precepts, making the members of the system conform to the complement of greater protection and effectiveness of the human rights.

Keywords: Garantismo. Inter-American system of human rights. Fundamental rights. Positivism.

1 INTRODUÇÃO

Com a crise do positivismo kelseniano, no pós-segunda guerra, surgiram diversos modelos neoconstitucionais. A crítica ao positivismo clássico e a imposição de um padrão de direitos humanos tornou-se paradigma ao qual o direito contemporâneo olvida.

Nesse sentido, diversos pensadores buscaram repensar o direito positivo, colocando padrões axiológicos prévios, de modo que alguns até deixaram de lado a necessidade absoluta da segurança legislativa. Por outro, correntes mais afeitas ao positivismo mantiveram circulação na academia, inclusive com respaldo acadêmico em diversos livros e artigos de repercussão mundial.

Dentre os textos pós-positivistas, tem-se a construção do Garantismo Jurídico, formulado por Luigi Ferrajoli. Este autor contribuiu no período da redemocratização da Itália, de modo que desenvolveu uma teoria geral do direito baseada em um modelo filosófico e uma teoria de política que serviria para garantir a estabilidade jurídica num ambiente de abusos promovidos contra o Estado de Direito.

Ocorre que a ideia de uma limitação do Estado pela lei, em primeiro momento, parece inconsistente diante de previsibilidade de interferência de um supra-ordenamento constitucional. Nesse sentido resta a pergunta: há a compatibilidade da teoria garantista com a previsibilidade do sistema internacional e de um controle de convencionalidade?

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é verificar e revisitar a teoria do garantismo, de modo a compreender a compatibilidade ou não com a presença de um ordenamento jurídico internacional e com a noção de direitos axiológicos prévios. Isso é, discutir sobre como um modelo pretensamente positivista de direito pode assumir o ordenamento internacional e as normas de direitos humanos.

O trabalho tem por formatação o estudo doutrinário, em especial pela análise do livro *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, bem como das críticas e revisitações teóricas realizadas pelos autores nacionais e internacionais sobre a teoria do italiano. Por fim, pretende-se comparar essa teoria do direito com aquela aplicada no ordenamento brasileiro.

2. O GARANTISMO JURÍDICO

A teoria do garantismo é formulação estruturante do pós-positivismo, formulada como uma teoria geral do direito que importa na validade das normas jurídicas e nos vetores de aplicação do direito. Portanto, é indispensável a verificação do arcabouço teórico do garantismo, dos paradigmas de aplicação, para que se possa falar em garantismo como teoria pós-positivista num sistema *neoconstitucional*.

No que pese o termo constitucionalismo ter acepção ampla, que remonta toda a série de doutrinas advindas do pós-segunda guerra, tem-se que o Garantismo apresenta-se como uma dessas teorias advinda dos "neconstitucionalismo(s)", termo no plural apresentado por Miguel Carbonell, referente a este conjunto de teorias e estudos sobre o direito contemporâneo. (CARBONELL, 2009)³. Assim, o presente estudo é delimitado no tempo com a compreensão dos troncos teóricos pós-segunda guerra que até hoje refletem no ordenamento jurídico.

Este trabalho, deve-se verificar ainda o garantismo, na órbita do direito interno e do direito internacional. Assim, as normas convencionais geram relevância no ordenamento interno e interesse jurídico que só se sustenta mediante uma formulação teórica robusta.

³ CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 4 ed. Madrid: Edittora Trotta, 2009.

2.1 A teoria geral do garantismo jurídico

No que pese existir certa confusão entre garantismo como uma teoria exclusivamente voltada ao Direito Penal, tem-se que a concepção de garantismo é bem mais abrangente e complexa que um só ramo do direito. Luigi Ferrajoli (2014)⁴, na obra *Direito e Razão*, trata do garantismo como teoria geral do direito e como uma filosofia analítica, de modo que em seus textos também albergam a área penal, sob a qual este pesquisador deu enfoque especial.

O fato de estar descrito de Ferrajoli ter adentrado na discussão penal e processual penal não invalida ou diminui a concepção genérica do garantismo como teoria do direito. Na realidade, a veiculação das teorias do garantismo apenas corroboram a formulação geral da teoria, que também se aplica ao sistema penal, tendo especial relevância neste ramo jurídico em razão da tendência contramajoritária (IPPOLITO, 2011)⁵. Deste modo, representa teoria necessária ao embate de conceitos punitivista ou que ferem os preceitos básicos de liberdade humana.

Assim, a ideia de garantismo pertence ao tronco de teorias do direito que toma por base a legalidade e a proteção das liberdades individuais como paradigma de sustentação. Deste modo, o paradigma garantista insurge no âmbito pós-positivista como teoria do direito e diretriz de atuação do Estado.

Inicialmente, deve-se compreender o termo garantismo. Este possui origens nas principais línguas neolatinas. Nestas formulava a ideia de tutela e de salvaguarda aos desprotegidos. Entretanto, após o advento do *welfare state* a tutela dos mais fracos passou a ter acepção mais ampla, de modo a configurar matriz de proteção às liberdades individuais com base na constituição, considerando a existência de direitos sociais. (IPPOLITO, 2011)⁶.

Extraí-se da etiologia da palavra garantismo a ideia de proteção, garantia, efetivação, preservação e segurança dos indivíduos frente ao arbítrio estatal. Nesse

⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

⁵ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi ferrajouli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, jan-ju.2011. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

⁶ Idem

sentido, o garantismo tem, desde sua origem, a formulação baseada na tutela e garantia dos mais frágeis. (AVILA, 2017)⁷.

Tem-se desde a origem do garantismo a formulação baseada na limitação à discricionariedade potestativa do magistrado. Deste modo, a conferência que se faz ao termo garantismo está vinculada às limitações do julgador e a submissão legal como parâmetro de julgamento e de tutela do ser humano. (TRINDADE, 2012)⁸.

Ferrajoli também confere à palavra constitucionalismo três sentidos. i) O primeiro sentido depreende a noção de "paleopositivismo", isto é, a conformação da positivação de princípios como garantias de um positivismo constitucional. ii) O sentido da expressão em garantias de validade e de vigência, de modo que as normas devem válidas e vigentes para ter eficácia contra o cidadão. iii) O garantismo representa um modo de filosofia política que engloba uma teoria da democracia, de modo a constituir um paradigma de "bom governo". (COSTA; VERAS NETO, 2016)⁹.

O conceito de garantismo advém então de um paradigma de uma teoria constitucionalista rígida de respeito às garantias individuais, sobre a qual repousa a concepção do respeito material às liberdades individuais, mediante mecanismos de efetivação e tutela destas liberdades. Portanto, uma teoria neopositivista, por retomar a concepção da importância da lei escrita, indicando que as liberdades estariam melhor albergadas com a indicação das normas, regras e princípios no texto constitucional e nos parâmetros legais. (IPOLLITO, 2011)¹⁰. Assim, garantismo seria uma meta teoria, visto que representaria aporte axiológico e epistemológico para a compreensão do direito. (TRINDADE, 2012)¹¹.

⁷ AVILA, Jheison Torres. La teoría del Garantismo: poder y constitución en el Estado contemporáneo. **Rev. Derecho**, Barranquilla, n. 47, p. 138-166, June 2017. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972017000100138&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 10 Dez. 2017.

⁸ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de luigi ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 5, n. 1 (2012). Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/>>

⁹ COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. GARANTISMO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA À LUZ DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 61, n. 3, p. 165 – 187, dez. 2016. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46467/29839>>. Acesso em: 12 ago. 2017.

¹⁰ IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi ferrajoli. In: **Revista de Estudos Constitucionais, hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, jan.-ju.2011. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

¹¹ TRINDADE, André Karam. Revisitando o garantismo de luigi ferrajoli: uma discussão sobre metateoria, teoria do direito e filosofia política. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**. v. 5, n. 1 (2012).

Assim, garantismo estaria na concepção genérica de sistema de proteção constitucional de garantias voltados à tutela da liberdade. Deste modo, a teoria geral do garantismo envolve a compreensão de que a legalidade e a constitucionalidade limitam o Estado para evitar o arbítrio, enfrentando a lógica punitivo-intervencionista em todos os ramos do direito, positivando princípios como o devido processo legal, princípio da legalidade e demais critérios constitucionalmente exigíveis. (SERRETI, 2010)¹².

O fundamento do sistema garantista estaria, portanto, em uma concepção liberal de garantias das liberdades individuais cujo princípio seria uma axiologia humana de dignidade prévia. Esta dignidade só seria viável diante da sistemática de tutelas do Estado Social, o que adequa o garantismo às teorias contemporâneas de direito. Nesse sentido, formula-se na teoria garantista uma dupla face na qual em uma estaria o respeito às limitações constitucionais de atuação do Estado, noutro a postura ativa do Estado em fornecer os padrões mínimos de igualdade de dignidade. Sentido este que infere ao sistema garantista a formatação de melhor tutela dos direitos fundamentais (FREIRE, 2007)¹³.

A compreensão do sistema garantista para Luigi Ferrajoli (2014)¹⁴ é estabelecida mediante 3 (três) eixos estruturantes o primeiro descrito como a hierarquia normativa da Constituição. Tal padrão implica em um modelo de "estrita legalidade", entendido como um modelo de legalidade escrita que toma por base o texto constitucional, supralegal e legal; o segundo eixo é baseado na noção crítica do direito e da realidade. A criticidade está na verificação da compatibilidade da norma material com o texto escrito. O terceiro paradigma está na estruturação do modelo de filosofia política, ou seja, o padrão de bom governo que tutele as finalidades do Estado com os limites das minorias respeitados. (FERRAJOLI, 2014)¹⁵.

¹² SERRETI, André Pedrolí. A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da Tutela Penal Estatal. **Revista jurídica da presidência**. V.12. n. 97. 2010. Disponível em: < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/180/169> >

¹³ FREIRE, Antônio Manuel P. La coherencia de los derechos fundamentales en la teoría garantista. **Novos Estudos Jurídicos NEJ** - Vol. 12 - n. 1 - p. 09-25 / jan-jun 2007. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/449/391> > Acesso em> 04 abr. 2018.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

¹⁵ idem

Há interpretações das teorias de Ferrajoli, como a de Alexandre Moraes da Rosa, que definem quatro dimensões ou frentes. A primeira frente garantista está descrita na necessidade de verificação de compatibilidade material e formal da norma legal frente ao texto constitucional; a segunda frente assegura a verificação do sistema mediante a dimensão democrática, delimitada pela visão de respeito as decisões da maioria com as limitações aos primados axiológicos humanos que seriam direito de todos, inclusive das minorias; Já a terceira frente é a vinculação da função judicante, como adstrita à legalidade e a constitucionalidade. A quarta frente estaria na visão crítica e racional do direito, pela qual as normas teratológicas, que atinjam modelos de vida e primados humanos sejam rejeitadas nos casos concretos. (ROSA, 2003)¹⁶.

A consequência da aplicação garantista como modelo geral de direito é a conformação de um paradigma à todos os ramos do direito, tais quais direito processual civil, processual penal, trabalhista, penal, civil entre outros. (DIDIER, 2011)¹⁷. Isso é, o primado garantista representa sobretudo o Estado de Direito, de modo a trazer concepções que a lei e o processo servem para limitar o Estado e conferir um padrão digno. Por outro, este estado de direito garantista recebe um acréscimo epistêmico, que é o conceito democrático, tido tanto na vinculação das decisões majoritárias, como nos efeitos contramajoritários da aceitação da axiologia prévia.

A teoria geral do garantismo, portanto, com seus estruturantes tem caráter vinculativo ao Poder Público, o que traz à luz o positivismo. Entretanto, ao contrário do positivismo clássico, engessado numa submissão cega da legislação ao fato, o garantismo propõe a subsunção racional da norma ao fato. Norma aqui entendida como princípios que devem ser positivados e regras que devem ser aplicadas, sempre balizando pelo filtro da validade e da vigência normativa. (FERRAJOLI, 2014)¹⁸.

¹⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: **Revista de Processo**. Vol. 36. n 198. Ago. Brasília: STJ, 2011. P.213-225. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/80945> > acesso em: 31 ago. 2016.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

Nesse sentido, a teoria garantista destaca a ideia de uma norma central escrita e rígida que recepciona a positivação dos princípios e valores axiológicos exigíveis em uma sociedade. Assim, tal norma hierarquicamente superior as demais assumiria o caráter constitucional, de modo que este é o tocante basilar da formulação jurídica e da exigibilidade em sociedade aos cidadãos e como referência à atuação do Estado, seja no âmbito do legislativo, do executivo ou do judiciário. (ROSA, 2003)¹⁹.

Deste modo o garantismo descreve o pós-positivismo constitucionalizado, ou seja, assume-se que a Constituição Federal apresenta a referência positiva dos princípios e valores axiológicos inerentes à própria sociedade. Tais valores criam sistemática de tutela do cidadão que só é possível se considerar a estabilidade jurídica. (TRINDADE, 2016)²⁰.

Dentre os primados da dimensão democrática do Garantismo, está a formulação da distribuição de competências e funções do Estado. Portanto, assim a Constituição delimita as matérias que são de atribuição do executivo, do legislativo e do judiciário. Desta forma criam-se condições formais e condições substanciais de validade que alicerçam o objeto de duas formas diferentes de normas. Este modelo define aquilo que pode ser definido pelo Estado e quem deve decidir (FERRAJOLI, 2014)²¹.

Esta conformação determina a definição de compartição de funções. Assim, há a divisão estruturada e formal, de poderes. Deste modo as normas criadas devem moldadas conforme os parâmetros e os preceitos estabelecidos, quanto ao legislativo e impõe o respeito não decisionista quanto ao judiciário. Então, a teoria do garantismo no conceito democrático apresenta a dimensão substancial, definida pelas prerrogativas liberais agregadas as premissas do Estado Social. (CADEMARTORI; CADEMARTORI, 2006)²².

¹⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico? Teoria Geral do Direito**. Florianópolis: Habitus, 2003.

²⁰ TRINDADE, André Karam. Positivismo e (neo)constitucionalismo: as teorias de ferrajoli, prieto sanchís e garcía amado. **RVMD**, Brasília, V. 10, nº 2, p. 406-430, Jul-Dez, 2016. Disponível em: <

²¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

²² CADEMARTORI, Daniela; CADEMARTORI, Sérgio. A relação entre Estado de direito e democracia no pensamento de Bobbio e Ferrajoli. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 145-162, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15097/13752>>. Acesso em: 15 nov. 2016. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15097>.

O decisionismo que se busca afastar é aquele delimitado como apresentação do solipsismo, ou seja, modelo filosófico em que o magistrado julga conforme suas convicções do que é certo e justo. Assim, o garantismo adequa os princípios impondo a positividade mínima e a garantia da estrita legalidade. Portanto, tem-se os princípios como normas de menor densidade jurídica. (STRECK; SALDANHA, 2013)²³.

Assim, o garantismo é formulado com base na crítica ao *panprincipiologismo*, de modo que as garantias positivas o implicam elemento estrutural. Deste modo, o garantismo é, em suma, a teoria de garantia e proteção às tutelas individuais, conforme uma axiologia prévia, pós-constitucionalista, a servir de tutela e efetivação dos direitos tidos por fundamentais. (OLIVEIRA, 2015)²⁴.

Deste modo, deve-se verificar a compatibilidade de um sistema eminentemente constitucional e positivista com o sistema de prerrogativas de direitos humanos universalizável decorrente do ordenamento internacional.

3. DIREITOS NATURAIS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS – O PONTO DE CONVERGÊNCIA

Para compreender a correlação entre garantismo e direitos humanos é necessária uma discussão mais aprofundada de três conceitos. A noção de direitos naturais, direitos fundamentais e direitos humanos. Somente compreendendo as bases do que se consideram direitos humanos e o que se consideram direitos fundamentais é possível estabelecer o limiar positivista entre garantismo, lastreado em direitos fundamentais e direitos humanos pretensamente universais.

Por direitos naturais entende-se a categoria filosófica na qual o direito apresenta-se como a espontaneidade da natureza. Assim, os direitos estariam como uma ordem exurgente e imanente da qual a realidade na qual não pode ser afastada. (SOUZA FILHO, 2012)²⁵.

²³ STRECK, Lênio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e Garantismo na Corte interamericana de direitos humanos. Ativismo e Garantismo Processual**. (ORGs): DIDIER JR. Fredie et al. Salvador: Juspodium, 2013.

²⁴ OLIVEIRA, Valmir Chaves de Oliveira. O pan-principiologismo no direito administrativo brasileiro, o caso da legalidade: o embate entre a lei e a segurança jurídica. XVI Revista do CEPEJ. 2015. Disponível em: < <https://portalseer.ufba.br/index.php/CEPEJ/article/view/22350> >. Acesso em: 20 jan. 2018.

²⁵ SOUZA FILHO, O. D. E. **A ideologia do direito natural**. 3a edição. ed. Fortaleza: ABC, 2012.

Já a conceituação de um direito tipo por fundamental é insculpida com aquela na qual há um parâmetro de posituação no texto constitucional. Por outro, o direito é tido por humano quando decorrente de tratados internacionais que reconhecem a existência de direitos axiologicamente prévios.

A diferenciação comum que se faz entre direitos humanos e direitos fundamentais está assentada na ordem de quem positiva tais direitos. Se um direito é decorrente de um consenso internacional, pelo qual considera que os países signatários consideram aquilo como decorrente de um valor axiológico prévio, ou seja, fruto de um direito natural, se está diante de um direito humano. Por outro, se aquele direito assumido como indispensável é descrito diretamente no ordenamento constitucional, se está diante de um direito fundamental. (TOMAZ, 2016)²⁶.

Por outro, reduzir a análise dos direitos humanos e dos direitos fundamentais como decorrência do controle de convencionalidade ou de constitucionalidade, isto é, entender que os direitos seriam humanos ou fundamentais em decorrência exclusivamente da legislação positiva, sofre críticas na doutrina. Marcus Paulo Rycembel Boeira (2013)²⁷ estabelece que reduzir a visão de direitos humanos a uma concepção objetivista desconsidera a dignidade e a previsão axiológica inerente à condição humana.

Nesse sentido, entender como direitos internos e externos parece insuficiente para definir direitos humanos ou direitos fundamentais. O critério que torna adequada a compreensão de um direito como humano ou fundamental não é apenas a matriz constitucional, mas o critério axiológico, ou seja, a carga valorativa necessária para se admitir a fundamentalidade de um direito. (SARLET, 2015²⁸). Assim, a tutela constitucional positivada complementa a compreensão axiológica

²⁶ TOMAZ, R. E. Em busca de uma resposta jurídica aos direitos fundamentais. **Revista Perspectiva e Desenvolvimento**, Brasília, v. 04, n. 05, 2016. Disponível em: < <http://periodicos.unb.br/index.php/perspectivasdodesenvolvimento/article/view/16663> > Acesso em: 15 nov. 2016.

²⁷ BOEIRA, Marcus. P. R.. **Razão Prática e Direitos Fundamentais: uma perspectiva jurídica dos bens humanos**. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila e MAUÉS, Antonio Moreira. (Org.). A Eficácia Nacional e Internacional dos Direitos Humanos. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, v. 1, p. 177-205.

²⁸ SARLET, I. W. O Conceito De Direitos Fundamentais Na Constituição Federal De 1988. **Consultor Jurídico**, on-line, 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-fev-27/direitos-fundamentais-conceito-direitos-fundamentais-constituicao-federal-1988> > Acesso em: 10 nov. 2016.

prévia, reduzindo a divergência entre os alicerces interpretativos do que seria um direito fundamental. (SILVA, 1998)²⁹.

Robert Alexy também nessa esteira de fundamentalidade do direito, estabelece que um direito deve ser entendido como fundamental a partir do momento em que sua indispensabilidade aflige as carências básicas do ser humano. Portanto, a não-satisfação de um direito tido por fundamental implicaria em morte, sofrimento grave ou afetaria núcleo essencial de autonomia, de modo que devem receber tutela especial, seja numa previsão normativa em tese, seja na aplicação concreta frente ao caso. Destarte, direito fundamental seria aquele que representaria a autonomia humana e a condição basilar de dignidade. (ALEXY, 1999)³⁰.

Assim, a compreensão do garantismo como aplicador de direitos humanos depende da compreensão destes direitos como fundamentos axiológicos positivados numa sistemática pós-positivista. É com esse paradigma que se pretende verificar a compatibilidade do sistema positivista com o ordenamento internacional.

4. A TEORIA DO GARANTISMO FRENTE AO ORDENAMENTO INTERNACIONAL – A TEORIA DA CONVENCIONALIDADE GARANTISTA

A compatibilização objeto deste trabalho está delimitada em como seria possível compreender um sistema eminentemente positivista com um ordenamento jurídico internacional que pressupõe normas de direitos humanos. O sistema de direitos humanos aplicado no ordenamento interno pressupõe adequação ao sistema constitucional. Assim, a compatibilidade formal e material das normas de direitos humanos parece ser a base de análise e compreensão da aceitabilidade das normas externas ao direito interno.

²⁹ SILVA, J. A. D. **A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia.**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, 1998.

³⁰ ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. **Revista Direito Administrativo**, n. 217, p. 55-66. Rio de Janeiro, jul/set 1999. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47413/45319> > Acesso em: 10 nov. 2016.

É reconhecido na teoria de Luigi Ferrajoli que a democracia constitucional é formatada a partir das falhas e fracassos de sistemas inseguros do ponto institucional. Portanto, para o italiano, foi forçoso reconhecer que o pós-segunda guerra implicou na aceitação da existência de algum direito prévio ao ordenamento jurídico, algo que remontaria o direito natural (FERRAJOLI, 2008)³¹.

Nesse sentido, mesmo diante da necessidade ou da compreensão que o aparato Constitucional vincula, não há como deixar de considerar a existência de algo prévio e superior. Isto é, existiam normas metalegais que vinculariam o poder público e até mesmo o legislador, de modo a fazê-los cumprir as assertivas de direitos humanos que seriam um consenso daquilo que se considera por direito natural. (NEVES, 2012 ³²). Nesse sentido, fala-se em uma influência do sistema interamericano no controle constitucional e de uma influência dos sistemas nacionais na convencionalidade interamericana (HOFFMANN, 2019)³³.

O garantismo então não é visto exclusivamente como um primado de cumprimento positivo da legislação. A teoria garantista é afirmada dentro de uma teoria política de bom governo, que assume a existência de fundamentos axiológicos, que toma por base a concepção liberal alinhada a perspectiva externa. (FERRAJOLI, 2014)³⁴.

Portanto, considera-se no garantismo a colmatação de um fundamento contramajoritário e antiautoritária, que se funda nos princípios de não intervenção. Deste modo a base axiológica prévia do garantismo não tem como ser desvencilhada de uma concepção pretensamente universalista e valorativa. Contrário senso, a lógica do garantismo é alinhada ao pensamento internacionalista, fazendo

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

³² NEVES, Isadora Ferreira. Democracia, garantismo e direitos fundamentais: uma observação do papel da jurisdição no garantismo de Ferrajoli. **Direito e Democracia** v.13 n.1 p.109-123 jan./jun. 2012 Canoas. Disponível em: <
<http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/viewFile/2636/1859> > acesso em: 04 jan. 2018

³³ HOFFMANN, G. B. . A INFLUÊNCIA DO DIÁLOGO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS COM A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NACIONAL PÓS INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. In: **VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**, 2019, Fortaleza. ANAIS DA VI JORNADA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. V.2, 2019, 2019.

³⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

considerar ainda que os direitos humanos e os primados axiológicos devem ser positivados nos textos constitucionais e no espectro convencional.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) se utiliza da teoria do garantismo e faz menção expressa a este termo. Assim Cançado Trindade faz uso dos primados em seus votos a estabelecer padrão decisório pelo qual estabelece o respeito à legalidade e aos princípios estatuídos nas normas convencionais como adequados às palavras de Ferrajoli. Complementa ainda Cançado Trindade nestes votos a consideração que não basta a adequação formal, mas deve-se respeito à consubstanciação material das normas de direitos humanos para ser adequadas ao espectro garantista (STRECK e SALDANHA, 2013)³⁵.

Assim, tem-se que diante do garantismo existiria uma vinculação normativa propriamente dita das normas de direitos humanos, de modo que os precedentes da CorteIDH, ao qual exige o mínimo de proteção convencional como parâmetro de cumprimento dos Estados Membros. Deste modo, garantismo e direitos humanos não seriam apenas compatíveis, mas também complementares, cuja aplicação indica que os direitos humanos representariam valores axiológicos aplicáveis e exigíveis sobretudo de um aspecto de um mínimo material de validade e eficácia. (SANTIAGO, MARTINS, 2016)³⁶.

É possível extrair da verificação sistemática dos direitos humanos decorrente da perspectiva dogmático-positiva dos direitos fundamentais. Deste modo, os direitos humanos aplicam validade material e formal ao ordenamento jurídico, adequando-se ao respeito das garantias básicas e interesses dos quais o ser humano não pode olvidar. Assim, não se estaria mais diante de um direito meramente natural ou imanetista, mas da verificação segura da existência de direitos. (GRUBBA; CADEMARTORI, 2012)³⁷.

³⁵ STRECK, Lênio Luiz; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. **Ativismo e Garantismo na Corte interamericana de direitos humanos. Ativismo e Garantismo Processual**. (ORGs): DIDIER JR. Fredie et al. Salvador: Juspodium, 2013.

³⁶ SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; MARTINS, Eduardo Almeida. O Garantismo E Os Precedentes Da Corte Interamericana De Direitos Humanos: Efeito Vinculante Aos Estados Sob Sua Jurisdição. *Novos Estudos Jurídicos*. (online). Vol. 21, n2, mai-ago. 2016. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/9096/5043>> Acesso em: 26 mar. 2018.

³⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; GRUBBA, Leilane Serratine. O embasamento dos direitos humanos e sua relação com os direitos fundamentais a partir do diálogo garantista com a teoria da reinvenção dos direitos humanos. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 703-724, Dec. 2012.

Por outro, a exigência convencional e a concepção da existência de valores axiológicos prévios não implica no afastamento da legalidade ou da vinculação ao ordenamento jurídico interno. Tem-se na estrita legalidade como vetor da democracia, como uma teoria de bom governo ao qual é assumida em consonância com a aplicação do direito externo. (OLIVEIRA NETO, 2011)³⁸. Assim, a exigência da aplicação de princípio como fundantes de direito estaria apenas nas omissões legislativas inconstitucionais, vez que do ponto de vista democrático, o legislativo também é submisso às normas constitucionais e ao ordenamento externo. (MACHADO, SANTANA JÚNIOR, 2009)³⁹; (SANTANA JÚNIOR, 2010)⁴⁰.

Assim, o garantismo insurge como uma teoria normativa do direito que se pretende democrática, mas também se apresenta como um formato moldado a assentar os direitos humanos num sistema harmônico de tutela do ser humano. Desta maneira os valores assumidos são aplicados de forma material e implica-se numa positivação mínima, que garante a segurança jurídica axiológica derivada do garantismo. (CADEMARTORI; STRAPAZZON, 2010)⁴¹.

Então considera-se ainda que, ao ordenamento jurídico integrar a norma de direito externo, mediante seu sistema de compatibilização, esta norma é impositiva como direito interno aos cidadãos. Portanto, sob a perspectiva garantista, uma norma que integre o ordenamento mediante o sistema convencional é tão vinculante, mediante sua legalidade, quanto qualquer outra norma, desde que respeitados os primados de constitucionalidade e vinculação formal e material das normas.

Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322012000200013&lng=en&nrm=iso>. access on 04 Nov. 2017.

<http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322012000200013>.

³⁸ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2162/1763>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

³⁹ MACHADO, Clara C.; SANTANA JÚNIOR, Djair dos santos. NEOCONSTITUCIONALISMO E CRISE DO POSITIVISMO JURÍDICO NO DIREITO PÓS-MODERNO. In: **anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo** – SP nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009. São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/Anais/sao_paulo/2351.pdf>

⁴⁰ SATANA JÚNIOR, Dejair dos Anjos. A Efetividade Dos Direitos Fundamentais E O Combate Às Omissões Legislativas Inconstitucionais. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia – 25. v.23. n. 25. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/rppgd/article/view/12367/8786>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

⁴¹ CADEMARTORI, Sérgio Urquhart de, STRAPAZZON, Carlos Luiz. Principia iuris: uma teoria normativa do direito e da democracia. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 1, p. 278-302, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2128/1726>> Acesso em: 09 Abr. 2018.

CONCLUSÃO

O pós-segunda guerra implicou em um repensar do direito contemporâneo. Deste modo o positivismo clássico perdeu força e deu espaço ao surgimento de diversas teorias tidas por neoconstitucionais. Entretanto, o positivismo manteve frutos posteriores, constituindo-se no pós-positivismo constitucional, ao qual aplica a segurança jurídica constitucional como referência de teoria do direito.

Este trabalho, por sua vez, teve o objetivo de verificar a aplicação desta teoria pós-positivista com a existência de um ordenamento jurídico externo e com a previsibilidade de direitos humanos. Isto é, buscou-se a verificação da compatibilidade da teoria do garantismo com a aplicação dos direitos humanos e com a formatação de um ordenamento jurídico externo.

O garantismo apresentou-se como teoria geral do direito e como filosofia analítica que pressupunha a existência de valores axiológicos prévios. Assim, sob a perspectiva liberal, apresenta-se teoria na qual o Estado é limitado e que de forma democrática, em sua concepção substancial, ou seja, naquela cujos direitos das minorias são respeitados, tem-se uma formulação que positiva direitos fundamentais.

Direitos fundamentais, nessa concepção, não são vistos exclusivamente como direitos positivados na Constituição Federal. São direitos assumidos como de importância basilar, por refletir condição de dignidade, de modo que se tornam imperativos não apenas de cumprimento ao poder judiciário, mas também representam valores que devem ser assumidos pelo legislativo ou por quem mais esteja sob as rédeas do Estado.

Assim, direitos fundamentais e direitos humanos apresentam ponto em comum na positivação de direitos pretensamente universais, aos quais se extraem de uma pretensão de direito natural. Deste modo, a aplicação dos direitos fundamentais, sob a perceptiva constitucional e a aplicação dos direitos humanos, sob a perspectiva convencional, estariam cada uma a seu modo, corroborando com a consolidação de uma dignidade humana.

Nesse sentido a consolidação garantista de direitos não estaria em desarmonia com um direito externo. Contrário senso, verificou-se que a CorteIDH se utiliza da teoria do garantismo como paradigma de julgamento e que tem na imposição convencional também como um parâmetro de legalidade vinculante ao Estado e aos seus cidadãos.

Portanto a teoria do garantismo, ao se apresentar como um paradigma de bom governo, indica ainda que o próprio legislativo é vinculado à aplicação dos direitos fundamentais e aos direitos humanos. Por fim, tem-se que há a compatibilidade do sistema positivista com tais normas, vez que a legalidade aqui indicada implica na positivação dos princípios e valores aos quais se pressupõe para um ordenamento jurídico.

2. A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DECISÃO DA ADI 4275: A ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO DE PESSOAS TRANSGÊNERO E A QUESTÃO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES¹

THE INTERPRETATION FOLLOWING THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS GIVEN BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE ADI 4275 DECISION: THE CHANGE OF TRANSGENDER PEOPLE'S FIRST NAME AND SEX AND THE ISSUE OF DIALOGUE BETWEEN COURTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-02>

Mônia Clarissa Hennig Leal²

Eliziane Fardin de Vargas³

RESUMO

O debate quanto à interpretação conforme à Constituição Federal do art. 58 da Lei n. 6.015/1973, o qual dispõe sobre a possibilidade de substituição do prenome no Registro Civil, foi discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, ocasião na qual se assegurou a possibilidade de as pessoas transgênero realizarem a

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Lattes: lattes.cnpq.br/7125626353321424. E-mail: <elizianefvargas@mx2.unisc.br>. Orcid: orcid.org/0000-0002-3192-659X.

alteração de seu prenome e gênero no Registro Civil, pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico. A interpretação dada ao referido artigo alinhou-se ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que não apenas ficou reconhecida a pertinência da interpretação conforme à Constituição Federal como também da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica. Utilizando-se o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, questiona-se: partindo-se da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é possível falar-se em um diálogo interjurisdicional entre essas Cortes? Para responder ao problema proposto, inicialmente analisaram-se os fundamentos empregados na decisão do Supremo Tribunal Federal que ensejaram no reconhecimento da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, para que, posteriormente, se passe a analisar se, no caso sob comento, ocorreu um diálogo interjurisdicional entre STF e Corte IDH. Ao final, concluiu-se pela existência de um diálogo, visto que houve extensa fundamentação baseada na OC n. 24/17 e que, partindo desses padrões mínimos de proteção fixados pela Corte IDH, o STF expandiu os direitos das minorias sexuais em âmbito nacional.

Palavras-chave: ADI 4275/DF; diálogo interjurisdicional; Supremo Tribunal Federal; interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos; controle de convencionalidade; minorias sexuais.

ABSTRACT

The debate concerning the interpretation following the Federal Constitution of the article 58 of the Law n. 6.015/1973, which presents the possibility of first name's change in the Civil Registration, was discussed in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4.275, occasion in which the possibility of transgender people change their first name and gender in the Civil Registration was guaranteed, by administrative or judicial means, regardless of surgical procedure. The interpretation given to the referred article followed the understanding of the Inter-American Court of Human Rights, in such a way that it was recognized not only the relevance of the interpretation following the Federal Constitution, but also the relevance of the interpretation following the Pact of San Jose, Costa Rica. Using the hypothetico-deductive method and the analytical procedure method, it is asked: starting with the analysis of the decision given by the Federal Supreme Court, is it possible to mention an inter-jurisdictional dialogue between these Courts? To answer this question, in the first moment, the foundations used in the decision of the Federal Supreme Court that lead to the recognition of the interpretation following the Pact of San Jose, Costa Rica, will be analyzed, so, in the second moment, it will be analyzed if, in the referred case, an inter-jurisdictional dialogue between the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights occurred. In the end, it was concluded that there is a dialogue, since there was a great rationale based on the Advisory Opinion n. 24/17 and that, departing from these minimal protection patterns fixed by the Inter-American Court of Human Rights, the Federal Supreme Court expanded the rights of the sexual minorities in the national scope.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4.275; inter-jurisdictional dialogue; Federal Supreme Court; interpretation following the American Convention on Human Rights; conventionality control; sexual minorities.

INTRODUÇÃO

A decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.275, ao conceder interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/1973, introduz uma interlocução entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com isso, fez emergir o seguinte questionamento: partindo da análise da decisão proferida, é possível falar-se em um diálogo entre Cortes?

Para responder a esse problema de pesquisa, utilizar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, inicialmente pautando-se na análise dos fundamentos utilizados nos votos dos Ministros na ADI 4.275 e como ocorreu a construção do entendimento pela interpretação conforme, para posteriormente explanar como se desenvolve o diálogo interjurisdicional e averiguar se, no caso da ADI n. 4.275, ocorreu um diálogo entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 OS FUNDAMENTOS DA ADI 4275 EM RELAÇÃO À INTERPRETAÇÃO CONFORME AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Debateu-se, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF, quanto à possibilidade de interpretação do art. 58 da Lei n. 6.015/1973, o qual prevê a possibilidade de alteração do prenome e do gênero no Registro Civil, conforme os ditames da Constituição Federal, passando a abarcar a hipótese de realização da alteração do prenome e do sexo de pessoas transexuais diretamente nos Cartórios de Registro Civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de decisão judicial.

Nesse ponto, o artigo abster-se-á de maiores análises sobre questões atinentes aos direitos tutelados e se voltará à questão que envolve o reconhecimento da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, explanando como e quais os argumentos de direito convencional fundamentaram a tomada da decisão por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se pelo voto do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, primeiro a mencionar a aplicabilidade da "interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica" ao caso da alteração do sexo e prenome das pessoas transgênero⁴. Na construção de sua linha argumentativa, mencionou que o direito ao nome guarda respaldo não apenas no direito interno, mas igualmente possui respaldo na base convencional; exemplificou essa proteção internacional citando os artigos do Pacto de San José da Costa Rica que protegem "o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto)".⁵

O Ministro Edson Fachin⁶ ainda destacou que seu voto encontra-se em harmonia com o precedente fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 24/2017, a qual abordou a Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação e previu tanto os direitos decorrentes da união entre casais do mesmo sexo como também as obrigações atinentes ao Estado no tocante à mudança de nome e à identidade de gênero. Em razão disso, defendeu seu entendimento de que o art. 58 da Lei n. 6.015/73 deve ser interpretado não apenas conforme os ditames constitucionais, como igualmente ser interpretado em consonância com os preceitos elencados no Pacto de San José da Costa Rica.⁷

Rememorando os pontos 93 e 95 da OC n. 24/17, o Ministro Edson Fachin ressaltou que, em razão do reconhecimento da identidade de gênero ser essencial para o gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, isso traz importantes implicações ao caso sob comento, visto que, o Estado tem o dever de garantir que seus tutelados "possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada."⁸

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direita de Inconstitucionalidade 4.275*. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. p. 39-40.

⁵ BRASIL. *Ibidem*, p. 24.

⁶ BRASIL, *Ibidem*, p. 25.

⁷ BRASIL, *Ibidem*, loc. cit.

⁸ BRASIL, *Ibidem*, p. 35.

Diante disso, vislumbra-se a incidência da noção de "dever de proteção estatal" (*Schutzpflicht*) no sentido de que restou reconhecido que o Estado deve prover o resguardo dos direitos fundamentais das pessoas transgênero e que, para isso, "os órgãos estatais restam, portanto, incumbidos de assegurar níveis eficientes e suficientes de proteção aos direitos fundamentais, sujeitos a um sistema de controle, inclusive, por parte do Poder Judiciário."⁹

O Ministro Fachin¹⁰ ainda complementou que a referida Opinião Consultiva, no ponto 160, preconizou que, no tocante ao trâmite dos procedimentos de retificação do nome, sexo, gênero, adequação da imagem e retificação dos documentos de acordo com a autopercepção da identidade de gênero do solicitante, que os Estados possuem a faculdade de estabelecer o procedimento mais adequado segundo o seu direito interno. Com isso, a Corte IDH acabou reconhecendo certa "margem de apreciação" para os Estados, determinando apenas alguns parâmetros a serem observados para o processo dessas alterações, parâmetros esses explicitados na OC 24/17:

a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.¹¹

⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de "dever de proteção" do estado como fundamento para a utilização das "sentenças estruturantes". Revista Novos Estudos Jurídicos, n. 2, v. 21, 2016, p. 442-461, p. 449.

¹⁰ BRASIL. Ibidem, p. 37-38.

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad e no discriminación a parejas del mismo sexo. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. p. 69-70.

Contudo, conclusivamente, invocando o ponto 159 da referida OC, afirmou o Ministro Fachin que tais obrigações impostas ao Estado são apenas no sentido de reconhecer a identidade de gênero dos indivíduos, mas nunca constituí-la, portanto, "se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição."¹² Desse modo, encerra a exposição dos argumentos de seu voto defendendo a aplicabilidade de interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de San José da Costa Rica ao caso da ADI n. 4.275.

Em igual sentido, afirmando concordância ao que preconiza a OC n. 24/17¹³ e defendendo a prescindibilidade de decisão judicial autorizando a retificação perante o Registro Civil¹⁴, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou o trecho da OC n. 24 o qual menciona que:

los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan obstáculos o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a los derechos humanos. Desde esta perspectiva, esos órganos recomiendan que el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto, el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante.¹⁵

Diante do exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso votou pela interpretação conforme à Constituição,¹⁶ e , levando em consideração o direito à autoidentificação,

¹² BRASIL. Ibidem, p. 38.

¹³ BRASIL. Ibidem, p. 51.

¹⁴ BRASIL. Ibidem, p. 54.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Ibidem, p. 58-59.

¹⁶ Embora o Ministro Luís Roberto Barroso tenha mencionado anteriormente em seu voto a importância do disposto na OC n. 24/17, votou apenas no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 58 da Lei n. 6.015/73. BRASIL. Ibidem, p. 54.

defendeu que as pessoas transgênero possuem o direito fundamental subjetivo de retificar tanto seu prenome quanto o gênero, pela via administrativa, ou, se preferirem, pela via judicial, não sendo compelidas a se submeter a qualquer tipo de intervenção cirúrgica para que tenham esses direitos reconhecidos.¹⁷

A Opinião Consultiva n. 24/17 esteve igualmente presente no voto do Ministro Gilmar Mendes, que, citando o item 4 do documento, mencionou que a Corte IDH firmou entendimento de que se consubstancia em afronta ao direito do livre desenvolvimento da personalidade humana a imposição de que o solicitante apresente “laudos de profissionais da saúde para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana.”¹⁸

Em consonância com os fundamentos trazidos pelo Ministro Edson Fachin, a Ministra Rosa Weber votou em igual sentido, reafirmando os argumentos anteriormente explicitados pelo Ministro e reconhecendo, do mesmo modo, a fundamentalidade do conteúdo explicitado na OC n. 24/17¹⁹. A Ministra ainda ressaltou o dever que o Brasil possui em exercer o controle de convencionalidade, já que se encontra submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.²⁰

Mencionou a Ministra Rosa Weber, como exemplo de julgamento que guarda relação com a questão de discriminação de minorias sexuais decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*, salientando que mesmo se tratando de casos díspares – diferentemente do caso da alteração do nome e sexo por pessoas transgênero, o caso julgado pela Corte IDH decidiu a questão da guarda de crianças tendo em vista a orientação sexual dos pais – a justificativa adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão preconiza ser dever do Estado “abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato”²¹, do mesmo modo que possuem o dever de promover “medidas positivas para

¹⁷ BRASIL. Ibidem, p. 54.

¹⁸ BRASIL. Ibidem, p. 143.

¹⁹ BRASIL. Ibidem, p. 57.

²⁰ BRASIL. Ibidem, p. 73.

²¹ BRASIL. Ibidem, p. 73.

reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade, praticadas contra determinado grupo de pessoas".²²

Dessa forma, o posicionamento da Ministra Rosa Weber outorgou aos direitos elencados na CADH não apenas o reconhecimento de sua dimensão subjetiva, no sentido de serem exigíveis perante o Estado, mas igualmente atentou para o reconhecimento de sua dimensão objetiva, evidenciando, com isso, a obrigação que possui o Estado de proteger o indivíduo não apenas contra arbitrariedades estatais, mas também por parte de terceiros.²³ Desse modo, essa dimensão objetiva compreende a ideia de uma "'proteção por meio do Estado' e impõe um dever de adequação da ordem jurídica no sentido de sua realização".²⁴

Nesta senda, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, ressaltou a importância dos Princípios de Yogyakarta em relação ao tema do reconhecimento da identidade de gênero²⁵ – assim como fez os Ministros Ricardo Lewandowski²⁶ – e votou no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de San José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, alinhando-se aos argumentos levantados pelo Ministro Luiz Edson Fachin.²⁷ O mesmo ocorreu com o voto da Ministra Carmem Lúcia, que de igual forma entendeu pela interpretação conforme aos ditames constitucionais e aos pactos internacionais.²⁸

Assim, por maioria dos votos²⁹, a decisão fixou-se no sentido de julgar procedente a ação e dar ao art. 58 da Lei n. 6.015/73 interpretação conforme à Constituição Federal e ao Pacto de San José da Costa Rica, assegurando o direito das pessoas transgênero de retificarem seu prenome e sexo diretamente no registro civil, dispensando-se a sua submissão a qualquer procedimento hormonal ou cirurgia de transgenitalização para o exercício desse direito, com fundamento na extensa previsão nesse sentido já fixada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

²² BRASIL. *Ibidem*, loc. cit.

²³ LEAL; AZEVEDO. *Ibidem*, p. 447.

²⁴ LEAL; AZEVEDO. *Ibidem*, loc. cit.

²⁵ BRASIL. *Ibidem*, p. 125.

²⁶ BRASIL. *Ibidem*, p. 115-116.

²⁷ BRASIL. *Ibidem*, p. 133-134.

²⁸ BRASIL. *Ibidem*, p. 147.

²⁹ BRASIL. *Ibidem*, p. 173.

Superada a análise quanto à interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, no capítulo seguinte passa-se a abordar as formas como o diálogo interjurisdicional se concretiza e se, no caso da ADI 4.275, pode-se afirmar a existência de um diálogo entre Cortes.

2 O DIÁLOGO INTERJURISDICCIONAL ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A teoria dialógica pode ser apreciada tanto no âmbito interno, formando um diálogo institucional entre Poderes, como no âmbito externo, através de diálogo interjurisdicional travado entre Tribunais nacionais e internacionais.³⁰ Neste capítulo, restringir-se-á a análise ao diálogo interjurisdicional no âmbito do julgamento da ADI 4.275, ou seja, ao diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, é preciso considerar-se que há, em relação aos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o dever de adequação do seu direito interno aos ditames elencados na Convenção (art. 2 da CADH), o que significa que “el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2° de la Convención”.³¹

Em relação a essa vinculação, os Estados não só devem seguir os parâmetros elencados na Convenção, como igualmente observar as disposições preconizadas nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo importante rememorar, conforme salienta Ferrer Mac-Gregor,³² que o teor dessas decisões vincula não apenas os Estados-parte diretamente envolvidos no litígio (*res judicata*),

³⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina de. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, Bogotá, 2018, p. 497-518, p. 508.

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Chile”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, p. 511-553. p. 515.

³² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *gelman vs. uruguay*). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694, p. 656-657.

mas também os demais Estados, ainda que não sejam partes na demanda (*res interpretata*)³³, de modo que todos os Estados-parte possuem a obrigação de aplicar

no sólo la norma convencional sino la "norma convencional interpretada" (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia.³⁴

Ressalta Nogueira Alcalá³⁵ que essa obrigação dos Estados em adequar sua legislação nacional objetiva "que el ordenamiento jurídico del Estado parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH". Em relação a esses *standards*, porém, ao Estado é facultada a possibilidade de conceder uma proteção ainda maior e expandir, em sua legislação interna, o resguardo previsto pela Convenção, que fixa apenas os padrões mínimos de proteção que devem ser obedecidos.

Nesta senda, o controle de convencionalidade exercido pelos Tribunais nacionais conforma um importante instrumento para o alinhamento entre as decisões internas com o disposto na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH, de modo que sua criação foi pensada justamente "para coadyuvar a que los jueces y en general todas las autoridades de los estados parte del Pacto de San José (del poder ejecutivo, legislativo y el judicial) cumplan con su deber de respetar

³³ Segundo Ferrer Mac-Gregor, enquanto a *res judicata* das sentenças da Corte IDH produz efeitos apenas *inter partes*, em relação à norma interpretada (*res interpretata*) "se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana;". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694, p. 657.

³⁴ FERRER MAC-GREGOR, Ibidem, p. 662.

³⁵ OGUEIRA ALCALÁ. Ibidem, p. 516.

y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano".³⁶ Assim, segundo Mazzuoli³⁷, a existência de um diálogo inter-Cortes reafirma a concepção de que não apenas os Tribunais internacionais devem executar o controle de convencionalidade das leis, sendo igualmente dever dos Estados e de seus órgãos executar o controle de convencionalidade internamente.

A ideia do "controle de convencionalidade" se evidencia no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006, porém, o entendimento sobre a existência do dever de exercício de um controle de convencionalidade na modalidade difusa, ou seja, *ex officio* por parte das Cortes nacionais, foi fixado no caso *Cabrera García y Montiel Flores*, de 2010, ocasião na qual entendeu a Corte IDH que:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³⁸

³⁶ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como um vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales da América. Anuario de derecho constitucional latino-americana, año XXII, 2016, p. 337-356, p. 340.

³⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle Jurisdiccional de Convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México: sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José de Costa Rica, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. p. 86.

A partir desse controle de convencionalidade pelos Estados-parte, desenvolve-se, por sua vez, um diálogo interjurisdiccional entre os Tribunais nacionais e a Corte IDH, numa "interacción que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la Corte respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas"³⁹. Conforme ressalta Bazán⁴⁰, a inter-relação entre Tribunal internacional e nacional conforma uma cooperação entre ambos, de modo que "não gera uma relação de hierarquização formalizada entre estes e aqueles, mas traça uma vinculação de cooperação na interpretação *pro homine* dos direitos humanos."

Desse modo, o controle de convencionalidade atua como um mecanismo "que permite a las autoridades la realización de 'buenas prácticas' en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos", assim como promove o fomento de um diálogo judicial.⁴¹

Conforme Ferrer Mac-Gregor⁴², no tocante ao conceito de diálogo, há quem o defina como "conversaciones entre los poderes judiciales en una gran variedad de temas. Otros lo definen como una técnica argumentativa para la indagación de nuevos conceptos, en donde los dialogantes son conjuntamente responsables del diálogo". Desse modo, o diálogo jurisprudencial "se convierte en una herramienta de 'doble vía' de interacción"⁴³, na qual a própria Corte IDH defende a importância e as benesses que o reconhecimento da jurisprudência produzida pelos Tribunais dos Estados-parte pode trazer.⁴⁴

³⁹ NOGUEIRA ALCALÁ. Ibidem, p. 530.

⁴⁰ BRAZÁN, Víctor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. Revista Direito Público, [s.l.], v. 8, n. 41, 2013, p. 218-235, p. 231.

⁴¹ FERRER MAC-GREGOR. Ibidem, p. 347.

⁴² FERRER MAC-GREGOR. Ibidem, loc. cit.

⁴³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". Estudios Constitucionales, año 9, n. 2, 2011, p. 531-622. p. 618.

⁴⁴ Ferrer Mac-Gregor menciona que, quanto ao reconhecimento por parte da Corte IDH da importância e utilidade da jurisprudência produzida em âmbito interno pelas Cortes dos Estados, pode-se mencionar que tal reconhecimento ocorreu na "Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010", no qual assentou a Corte que "4. Durante 2010 el "diálogo jurisprudencial" entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los

Contudo, a Corte Interamericana de Derechos Humanos não possui o escopo de "establecer qué órgano tiene la última palabra (aunque de facto la tenga la Corte IDH), sino fomentar el 'diálogo jurisprudencial' creativo, responsable y comprometido con la efectividad de los derechos humanos".⁴⁵ Com isso, os juízes nacionais tornam-se juízes interamericanos, diante da própria vinculação instituída pela Corte IDH no sentido de que são responsáveis por efetuar o controle de convencionalidade difuso e, portanto, são responsáveis por realizar, em um primeiro momento, a adequação de sua legislação interna aos padrões interamericanos, de modo que incumbe à Corte Interamericana de Derechos Humanos garantir que esse reconhecimento aconteça, bem como que cumpra com seu dever de "tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudência, teniendo en consideración, además, el "margem de apreciación nacional" que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano".⁴⁶

Ressalta-se que esse diálogo não se caracteriza somente quando os Tribunais nacionais utilizam, em suas decisões internas, os precedentes fixados pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. A Corte Interamericana inclusive já reconheceu a importância das decisões proferidas no âmbito dos Tribunais nacionais quando essas decisões internas expandem e protegem em maior nível os direitos humanos: "la Corte no sólo ha valorado las decisiones garantistas adaptadas a nivel nacional, sino que incluso ha utilizado esos criterios para orientar sus propias decisiones. En otras palabras, la Corte IDH ha dialogado con sus homólogos a nivel nacional."⁴⁷

Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.". FERRER MAC-GREGOR, *Ibidem*, loc. cit.

⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR, *Ibidem*, p. 619.

⁴⁶ FERRER MAC-GREGOR, *Ibidem*, p. 620.

⁴⁷ Como exemplo de casos em que a Corte IDH valeu-se de precedentes das Cortes nacionais e travou um diálogo com as Cortes internas dos Estados, Ferrer Mac-Gregor menciona o caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), no qual "La Corte estableció que, atendiendo a las circunstancias del caso, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible determinar la existencia del derecho a la identidad, aun cuando no se encuentra expresamente reconocido por la Convención Americana. La Corte sustento su posición en una interpretación evolutiva de las obligaciones del artículo 19 de la Convención, reafirmando su posición a través de una interpretación sistemática y del diálogo judicial. Específicamente, la Corte utilizó las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en la tutela T-477/1995, del Tribunal Constitucional de Perú en la Sentencia de 25 de junio de 2005, y del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 6 de la Capital Federal Argentina en los autos caratulados *REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de 10 años*.". FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como um veículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los

Em razão disso, o diálogo interjurisdicional pode ocorrer de diversas maneiras, podendo o juiz interno optar por qual via irá concretizá-lo, podendo, conforme leciona Nogueira Alcalá⁴⁸, optar por variadas formas de interpretação para travá-lo, podendo optar entre: interpretação extensiva, inovadora, corretiva, receptiva, neutralizadora e interpretação discordante.

Para Aguilar Cavallo⁴⁹, há ainda a interpretação conforme, por meio da qual é possível chegar-se à concretização do diálogo quando a interpretação do direito interno do Estado é compatibilizada com as interpretações do direito convencional, sendo que o diálogo conforme "se refere à técnica a qual recorre o juiz nacional para harmonizar o direito nacional com o instrumento internacional convencional e corresponde especificamente à interpretação conforme a Convenção".

O autor salienta, ainda, que a "interpretação conforme" estimula o diálogo interjurisdicional e elide potenciais conflitos que possam surgir entre o entendimento das Cortes nacionais e internacionais, de modo que, quando o juiz nacional executa esse diálogo, acaba desprezando a norma nacional dissonante e acaba, conseqüentemente, "distanciando-se da jurisprudência constitucional, justamente porque praticando o controle difuso de convencionalidade, o juiz interno controverte abertamente o enfoque proposto pelo órgão jurisdicional constitucional."⁵⁰

Voltando-se mais especificamente ao caso da ADI n. 4.275, aparentemente houve, por parte do Supremo Tribunal Federal, a adoção do modelo de diálogo associado à "interpretação conforme", uma vez que a decisão alinha-se com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos explicitada através da Opinião consultiva n. 24/17 e confere interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica.

Nesse sentido, foi notável a presença⁵¹, nos votos dos Ministros, tanto de precedentes da Corte IDH – mais especificamente a OC n. 24/17 – bem como a

tribunales da América. Anuario de derecho constitucional latino-americana, año XXII, 2016, p. 337-356, p. 350-351.

⁴⁸ NOGUEIRA ALCALÁ. Ibidem, p. 531.

⁴⁹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, 2019. p. 61-89, p. 68.

⁵⁰ AGUILAR CAVALLLO. Ibidem, p. 68-69.

⁵¹ Ressalta-se que o uso de precedentes da Corte IDH elencados na decisão da ADI 4.275 pode ser considerado um importante avanço no sentido de afirmação do dever de aplicação do controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente tendo-se em vista que "o

menção a alguns precedentes do direito comparado, presentes principalmente no voto do Ministro Alexandre de Moraes⁵², apontando alguns casos análogos como parâmetro para a fundamentação da decisão. Contudo, salienta Vergottini⁵³ que, quando ocorre uma comunicação entre Tribunais convencionais e nacionais, pode-se falar em uma "colaboraci3n que implica una constante interacci3n que permitiría hablar propiamente de diálogo, no puede afirmarse lo mismo por el contrario en el caso de las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo." Desse modo, para os casos em que essa intercomunicação ocorre entre as diferentes Cortes dos Estados, não há o que se falar em diálogo: "aquí sólo puede constatarse la presencia de una influencia de la jurisprudência de tribunales dotados de particular prestigio."⁵⁴

No que tange às reiteradas menções feitas pela maioria dos Ministros à referida Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte IDH, emerge a questão sobre sua força vinculante. Em relação ao tema, Bazán⁵⁵ entende que são, sim, vinculantes, visto que

si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deben cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice la Corte IDH, justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto

diálogo judicial entre Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH ainda é incipiente, sendo que o número de casos em que há menção expressa de sua jurisprudência ainda é deveras diminuto, embora se possa perceber, ao longo do tempo, uma certa tendência de avanço, ao se passar de uma lógica de citação indiretas (por meio de obras doutrinárias) a citação direta de decisões da Corte IDH. O uso das decisões da Corte IDH ainda se dá, contudo, na maioria dos casos, apenas em termos de reforço argumentativo, não se evidenciando, na maioria dos casos, a incorporação de uma prática de efetivo controle de convencionalidade (antes pelo contrário, a lógica de prevalência da Constituição é, ainda, frequentemente reiterada, desconsiderando-se o caráter vinculante dos conteúdos do corpus iuris interamericana e sua interpretação dada pela Corte IDH).". LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?, in SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU, Gina Marcilio (Org.). Derechos fundamentales na perspectiva da democracia interamericana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 373.

⁵² O Ministro ressaltou o caso do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que, em janeiro de 2011, posicionou-se no sentido de declarar inconstitucional os normativos que traziam a exigência de prévia realização de cirurgia de transgenitalização para que fosse realizada a alteração do prenome de pessoas transgênero. Em igual sentido, a título de exemplo, ainda elencou as leis da Grã-Bretanha, Espanha, Portugal e Argentina. BRASIL, *Ibidem*, p. 20-21.

⁵³ VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, pp. 335-352, p. 349.

⁵⁴ VERGOTTINI. *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁵ BAZÁN, Victor. "Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, p. 385-429, p. 390.

intérprete final de tal instrumento internacional, con lo cual, al llevar adelante la fiscalización convencional, aquellos habrán de tener necesariamente en cuenta los *productos interpretativos plasmados en dichas opiniones consultivas*.⁵⁶

Assim, embora incipiente, é possível vislumbrar um tímido reconhecimento dos precedentes fixados no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos por parte do Supremo Tribunal Federal na decisão analisada. Embora nem todos os votos tenham reconhecido ou feito menção às importantes contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o tema, demonstrou-se que boa parte dos Ministros não apenas mencionou tais precedentes como também os utilizou na fundamentação, seja através de casos concretos – observando a *res interpretata* da decisão – ou por meio do acatamento das Opiniões Consultivas da Corte.

CONCLUSÃO

Inicialmente, averiguou-se, quanto à maneira como os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram a interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, utilizando não apenas os preceitos elencados na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, como também mencionando casos já decididos pela Corte IDH, levando em consideração sua interpretação explicitada através das Opiniões Consultivas.

Em um segundo momento, passou-se para a análise do desenvolvimento da teoria do diálogo interjurisdicional, demonstrando-se de que maneira essa interlocução ocorre, para, posteriormente, adentrar-se no ponto central da pesquisa, examinando se houve um diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento da ADI 4.275.

A decisão aponta para um diálogo incipiente, visto que até então o mais alto tribunal brasileiro tem se demonstrado reticente em aplicar o controle de convencionalidade no âmbito interno e, portanto, percebe-se uma tímida evolução

⁵⁶ BAZÁN. Ibidem, loc. cit.

no sentido de que, aos poucos, o controle de convencionalidade começa a ganhar espaço, de modo que, através de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e, principalmente, do incorporação da interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos para adequação do ordenamento jurídico nacional aos parâmetros do direito convencional interamericano, desenvolve-se a expansão do diálogo interjurisdiccional e um maior reconhecimento e adoção, em âmbito nacional, dos precedentes fixados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

Aguilar Cavallo, Gonzalo. "Juiz constitucional e diálogo jurisdiccional multinível: a experiência chilena". *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, 2019. p. 61-89.

Nogueira Alcalá, Humberto. "Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Chile". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, p. 511-553.

Bazán, Víctor. "O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial". *Revista Direito Público*, [s.l.], v. 8, n. 41, 2013, p. 218-235.

Bazán, Víctor. "Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, p. 385-429.

Corte IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México: sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad e no discriminación a parejas del mismo sexo. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Azevedo, Douglas Matheus de. "A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de "dever de

proteção" do estado como fundamento para a utilização das "sentenças estruturantes". Revista Novos Estudos Jurídicos, n. 2, v. 21, 2016, p. 442-461.

Leal, Mônia Clarissa Hennig. "A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?", em SARLET, Ingo Wolfgang; Nogueira Alcalá, Humberto; Pompeu, Gina Marcilio (Org.). Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Moraes, Maria Valentina de. "A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais". Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XXIV, Bogotá, 2018, p. 497-518.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay)". Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "El control de convencionalidad como um vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales da América". Anuario de derecho constitucional latino-americana, año XXII, 2016, p. 337-356.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". Estudios Constitucionales, año 9, n. 2, 2011, p. 531-622.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Vergottini, Giuseppe. "El diálogo entre tribunales". Teoría y Realidad Constitucional, n. 28, 2011, p. 335-352.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 17 set. 2020.

3. APLICAÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA AUTORIDADE POLICIAL

APPLICATION OF CONVENTIONALITY CONTROL BY THE POLICE AUTHORITY



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-03>

Jenny Karolin Antunes¹

Julie Katlyn Antunes Schramm²

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo apresentar o estudo realizado sobre o controle de convencionalidade à luz do ordenamento jurídico brasileiro e, defender a possibilidade de sua concretização através do Delegado de Polícia, autoridade policial integrante da polícia judiciária e o primeiro a atuar de forma jurídica na aplicação de direitos em casos concretos no âmbito criminal, sendo portanto um intermitente entre a sociedade e o judiciário. Propõe-se investigar o controle de convencionalidade que é muito semelhante ao controle de constitucionalidade, de modo que para entender o primeiro é necessário a compreensão do último, em que pese o instrumento de análise ser diferente entre os dois. Quando uma lei é submetida à interpretação e comparação do texto constitucional, tem-se o controle de constitucionalidade, contudo o objeto de pesquisa se refere ao controle de convencionalidade em face de um tratado internacional de Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil. O Delegado de Polícia é um operador do direito tanto quanto Juízes, dotado de notável saber jurídico e, garantidor das liberdades constitucionais, os direitos fundamentais mais sensíveis da pessoa humana. Dessa forma, é sensato oferecer à Autoridade Policial a aplicação do direito já pacificado na esfera internacional e ratificado pelo Brasil, dentro de sua atribuição legal, para que assim possa tornar mais efetivo o Estado Democrático e Humanitário de Direito.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade. Delegado de polícia. Polícia judiciária. Tratados internacionais.

¹ Pós-graduanda em Direito Contemporâneo voltado para Carreiras Policiais junto a Faculdade de Educação Superior do Paraná - FESP. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR.

² Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bolsista PROSUP/CAPES. Especialista em Direito Penal com capacitação para o Ensino no Magistério Superior pelo Instituto Damásio de Direito. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Representante discente do Mestrado PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. Bombeira Militar no Estado do Paraná.

Abstract

The present work aims to present the study carried out on the control of conventionality in the light of Brazilian law, and to defend the possibility of its implementation through the Police Delegate, a police authority member of the judicial police and the first to act legally in the application of rights in specific cases in the criminal sphere, thus being intermittent between society and the judiciary. Conventionality control is very similar to constitutionality control, so that to understand the former it is necessary to understand the latter, despite the fact that the instrument of analysis is different between the two. When a law is subjected to interpretation and comparison to the constitutional text, there is the control of constitutionality, however when it comes to the control of conventionality, this is done in the face of an International Human Rights Treaty. The Police Chief is an operator of the law as much as Judges, endowed with remarkable legal knowledge and guarantor of constitutional freedoms, the most sensitive fundamental rights of the human person. In this way, it is sensible to offer the Police Authority the application of the law already pacified in the international sphere and ratified by Brazil, within its legal attribution and thus it can make the Democratic and Humanitarian State of Law more effective.

Keywords: Conventionality control. Police chief. Judiciary Police. International treaties.

1. Considerações iniciais

No Brasil, para a determinação de validade de uma lei é necessário que se faça o controle de constitucionalidade, de modo que a lei seja considerada válida se for compatível com a Constituição da República Federativa. Porém, o controle jurídico não se resume somente a este ato, mas também ao controle de convencionalidade, que guarda certa semelhança com aquele e difere em relação ao instrumento de análise já que nesse segundo controle a lei é interpretada e comparada à luz do Tratado Internacional de Direitos Humanos que tenha sido ratificado e esteja em vigor no Brasil, e não em face apenas da Constituição Federal³.

Ao se falar em controle de convencionalidade, não falamos da imperatividade da norma mais forte sobre a mais fraca, mas sim da mais benéfica sobre a menos benéfica ao ser humano protegido no caso concreto. Assim, após esclarecer os

³ LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos, "Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil", Revista Brasileira de Direito, 2016, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94. p.90.

aspectos gerais sobre o controle de constitucionalidade e convencionalidade, demonstrar-se-á a eficácia da aplicação do controle de convencionalidade pelo delegado de polícia, seja no âmbito estadual ou federal, na medida de sua responsabilidade profissional, sendo ele um operador do direito, assim como são os juízes, pois são estes os atuais responsáveis pela concretização do dito instrumento legal.

O delegado de polícia atua diretamente com as questões mais sensíveis na sociedade, pois tem o poder de restringir a liberdade, patrimônio e a intimidade da pessoa investigada, através da prisão, apreensão e acesso à dados sigilosos, dentre outras funções, o que demonstra a importância da autonomia para aplicação do controle de convencionalidade pela autoridade policial⁴.

Para a realização da pesquisa foi utilizada a metodologia bibliográfica com a extração de informações de livros, artigos e jurisprudências, como demais materiais científicos.

2. Breves aspectos do controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade

O controle de constitucionalidade funciona como mecanismo de determinação de validade de uma lei e utiliza como parâmetro o próprio texto constitucional, considerando que a Constituição Federal ocupa o topo da hierarquia na famosa classificação piramidal de Hans Kelsen, não podendo a lei infraconstitucional estar em desacordo com seu texto⁵.

"A ideia de controle de constitucionalidade está ligada a supremacia de Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais"⁶ e, sendo a Constituição da República Federativa do Brasil uma Lei Suprema "qualquer outra que com ela entre

⁴ HOFFMANN, Henrique. Barbosa, Ruchester Marreiros, "Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis". Consultor Jurídico, 2017, São Paulo, v. Nov, p. 1.

⁵ LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, São Paulo, Saraiva, 20ª ed., 2016. p.55.

⁶ AMORIM, Maria do Socorro Gomes de, Direito Constitucional e Direito Administrativo para concursos, São Paulo, Ícone, 2008.p.55

em confronto é inválida desde a origem [...]”⁷.

Insta salientar que apesar de haver uma especificação, para o controle na CRFB/1988 determinando apenas o Supremo Tribunal Federal para o controle, na modalidade concentrada e, os demais órgãos do Poder Judiciário na modalidade difusa, sendo a decisão judicial capaz de declarar a inconstitucionalidade de uma legislação⁸, é possível que diante de uma norma contrária à Constituição, os órgãos administrativos deixem de aplicá-las.

Esse foi o entendimento da Ministra Carmem Lúcia, do STF, no julgamento da Petição 4.656/PB, em que foi reconhecida, por unanimidade, a competência do CNJ para a não aplicação de leis que sejam consideradas inconstitucionais pelo dito órgão e as estendeu aos demais órgãos administrativos.⁹

Assim, restam extraídas as respostas para os questionamentos acerca da não realização do controle constitucional pelo delegado de polícia e, ainda como esta autoridade deve agir frente a uma legislação que seja incompatível com a Constituição, por ser o representante direto de um órgão administrativo estatal.

Pode-se inferir que tal controle por muito tempo foi o único parâmetro legal utilizado para a determinação de validade de uma norma, o que é dedutivo pelo fato de muito se falar apenas do controle de constitucionalidade como controle normativo. Porém quanto maior é a aproximação de um Estado Democrático e Humanitário de Direito, faz-se presente não só a Constituição brasileira de 1988 como parâmetro, mas também normas internacionais de direitos humanos que não irão competir com as normas constitucionais com relação à hierarquia, mas sim se a aplicabilidade desta ou daquela é mais benéfica ao ser humano no caso concreto, o que será feito através do controle de convencionalidade.

No que tange ao controle de convencionalidade, Valério de Oliveira Mazzuoli destaca que é “a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados

⁷ FISCHER, Octavio Campos, “Supremacia constitucional e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade”, Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, v. 12, n. 12, julho/dezembro de 2012, Curitiba, Centro Universitário Autônomo do Brasil, p. 326-337. p.330

⁸ HACK, Erico, Direito Constitucional: Conceitos, fundamentos e princípios básicos, Curitiba: Ibplex, 20ª ed., 2008. p.149-150

⁹ Supremo Tribunal Federal, Petição 4.656/PB – Atuação do órgão de controle administrativo, Sentença de 19 de dezembro de 2016.

internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado [...]”¹⁰, ademais, ressalta que os Estados-partes possuem o dever de respeitar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 e, os direitos e liberdades nela reconhecidos¹¹.

É notável a importância da comunicação entre o Brasil e os demais países referente ao cenário normativo que se forma no plano internacional. Nessa seara é que o controle de convencionalidade ganha volume, pois quando esse cenário internacional tem aplicação no direito interno e conflitos são gerados, é que surge a necessidade de um tipo de controle específico para solução. Ocorre que tal instrumento pressupõe que exista hierarquia legal entre a legislação interna e a internacional, colocando a normativa doméstica em nível inferior, pois se há controle há paradigma superior.

Entretanto, no âmbito internacional a hierarquia pressuposta pelo dito instrumento se vale mais para plano axiológico do que para o plano formal, considerando que o próprio Direito Internacional, especificamente o do Direitos Humanos, estabelece que a norma a ser aplicada será sempre a que for mais benéfica ao ser humano (princípio *pro homine*), e não a norma hierarquicamente mais forte¹².

Ou seja, no caso concreto o interprete do dispositivo legal deve fazer opção pela norma que melhor favorecer a pessoa protegida com o objetivo de otimização e maximização dos sistemas de proteção dos direitos humanos, de ordem interna ou internacional¹³.

O Controle de Convencionalidade então, é um mecanismo que avalia a validade de uma norma com base em sua compatibilização com tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil seja parte, mesmo que a norma analisada esteja em acordo com a atual Constituição Federal, de modo que em um suposto conflito entre a ordem normativa interna e a internacional, será aplicada a lei mais benéfica ao ser humano. Entretanto a discussão que norteia o ambiente

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018.p.35.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018.p.35.

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018.p.79.

¹³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018.p.79.

jurídico é em relação a qual tipo de tratado internacional é que se dará o controle, se somente perante aqueles com status de emenda constitucional ou se perante qualquer tratado internacional ratificado e em vigor no país.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelece no artigo 5º, §3º (incluído pela EC 45/2004) que tratados ou convenções de direitos humanos aprovados nas duas casas legislativas com quórum qualificado e ratificação pelo Presidente da República, serão equivalentes às emendas constitucionais, frise-se que equivalência não é o mesmo que igualdade, de modo que os demais tratados vigentes no país e fora de tal procedimento, terão status supralegal, abaixo da constituição e acima das leis ordinárias.

É oportuno lembrar que o STF reconheceu, no HC 87.585/TO e RE 466.343/SP, no ano de 2008, a superioridade dos tratados internacionais de direitos humanos sobre a legislação ordinária. O embate se deu entre os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, sendo que o primeiro, com a tese vencedora, defendia a supralegalidade para os tratados de direitos humanos e o segundo defendia o valor constitucional para os tratados dessa natureza¹⁴.

Para Valério de Oliveira Mazzuoli, em divergência com o STF, afirma que todo tratado internacional referente aos direitos humanos e que tenha sido ratificado e entrado em vigor no Brasil, possui no mínimo status de norma constitucional à luz do art. 5º, §2º da CRFB/1988¹⁵, independente de quórum de aprovação, sendo que o §3º do mesmo dispositivo adjudicaria apenas um plus a norma¹⁶.

Ademais, os tratados que foram ratificados e estão em vigor no Brasil, mas não foram internalizados pelo quórum qualificado, serão paradigma para o controle da via de exceção, entretanto, os tratados ratificados e internalizados pelo quórum qualificado (art. 5º, §3º) servirão como paradigma para o controle da via de ação¹⁷.

¹⁴ LIMA, Gabriel Odileni Barbosa. SANTOS, Jurandir José dos, "Controle de Constitucionalidade pelo Delegado de Polícia". In: ETIC– Encontro de Iniciação Científica, v.15 n. 15, 2019.

¹⁵ Art. 05 [...] § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. CRFB, 1988.

¹⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018. p.12.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018. p.164

3. O delegado de polícia e o controle de convencionalidade

O Delegado de Polícia, conforme art. 144, I e IV da CRF/1988¹⁸, integra a Segurança Pública como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, através de órgão específico com o objetivo de preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e patrimônio, ou seja, incumbe ao Delegado de Polícia, tanto na esfera estadual como na esfera federal, manter a paz e a tranquilidade na sociedade.

Ao fazer uma análise mais profunda, é possível perceber que a Autoridade Policial trabalha com um dos direitos fundamentais mais sensíveis do ser humano: a liberdade, pois é ele o primeiro operador jurídico a tratar do caso concreto com poder decisório sobre determinado fato, seja em situações de resposta estatal imediata como prisões em flagrantes em que a autoria e a materialidade restam comprovadas, seja nas demais situações de investigação em que é preciso a busca de elementos para comprovação dos requisitos anteriormente mencionados.

Tal função pública é o instrumento intermitente entre a sociedade e o judiciário, sendo considerada pela Lei 12.830/13, art. 2º¹⁹ como atividade essencial ao Estado, pois frente as situações diárias, cabe ao delegado de polícia a decisão de afastar o exercício de um dos direitos fundamentais do ser humano, visando assegurar a ordem pública, motivo determinante para que a autoridade policial seja impecável em sua atuação jurídica.

Além de integrante da segurança pública, o delegado de polícia deve ser conhecedor voraz de todos os dispositivos e interpretações jurídicas possíveis, para que possa realizar a aplicação da lei de forma garantidora dos direitos fundamentais inerentes à pessoa, incluindo tratados internacionais de direitos humanos, o que nos aproxima cada vez mais do Estado Democrático Humanitário de Direito e torna mais efetiva a proteção dos direitos humanos.

¹⁸ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I-polícia federal [...] IV-polícias civis [...], CRFB, 1988.

¹⁹ [...] Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Como bem elencado por Valério de Oliveira Mazzuoli, com a sábia citação de Cançado Trindade, os problemas relacionados com a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos nem sempre são jurídicos, mas resultantes da falta de vontade dos poderes públicos, especialmente o Poder Judiciário, em aplicá-los²⁰.

No mesmo seguimento, Mazzuoli, ainda esclarece que a Corte Interamericana determinou, desde o ano de 2006 que os juízes e tribunais internos vinculados aos Estados-membros, signatários da Convenção Americana, façam o controle primário da convencionalidade das leis, por assistirem maior proximidade com os casos concretos e decidirem com mais facilidade frente as peculiaridades, devendo o controle internacional ser realizado somente quando da falha deste primeiro, atuando assim de forma complementar.²¹

Portanto, seguindo a interpretação do brilhante doutrinador citado, em termos de proximidade, a atuação do Delegado de Polícia se mostra cada vez mais eficaz, considerando que é o operador do direito mais próximo da sociedade no tratamento de questões diárias que resultam no afastamento, ou não, de um dos mais importantes direitos fundamentais do ser humano que é o direito à liberdade, dentre outros de extrema importância elencados na CRFB/1988 e reafirmados em tratados internacionais de direitos humanos.

Ao se fazer o controle de convencionalidade, o operador não irá apenas interpretar a norma mais benéfica e adequá-la ao caso concreto, mas realizar a análise com observância ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como uma espécie de interação recíproca, tornando ativo o chamado "diálogo das fontes"²².

Assim, o interesse de efetivação dos direitos humanos deve seguir no mesmo sentido do Direito Internacional em relação a não se colocar em uma disputa entre a lei mais forte e a mais fraca, mas sim sobre a aplicação da norma mais favorável

²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018, p. 116.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018, p. 125.

²² HOFFMANN, Henrique. BARBOSA, Ruchester Marreiros, "Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis". Consultor Jurídico, 2017, São Paulo, v. Nov, p. 1.

ao ser humano, bem como sobre o meio mais eficaz e menos moroso que concretize os ditames dessa sensível proteção.

Tão importante a realização do controle de convencionalidade pelos órgãos estatais que nesse sentido dispôs a Corte Interamericana, na sentença proferida no ano de 2011, no item 193, frente ao caso *Gelman vs. Uruguai*:

193.Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um "controle de convencionalidade" entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. (24 de Fevereiro de 2011).²³

Além desse julgado, outro que dispõe no mesmo sentido é o julgamento do caso *Vélez Loo vs. Panamá*, no ano de 2010, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos mencionou o art. 8.1 ²⁴ da Convenção e afirmou que as disposições estabelecidas neste dispositivo se aplicam também aos órgãos administrativos, em situações de detenção, que não condiz com a lei, ou seja arbitrária, que couber ao funcionário prevenir ou cessar a medida, sendo que este, de forma indispensável, deve estar autorizado a colocar a pessoa em liberdade. Assim, cabe ao funcionário de um órgão administrativo e, também ao delegado de polícia que é abrangido por esta interpretação da Corte.

²³ Corte IDH: Caso *gelman vs. Uruguai*: inaplicabilidade da lei da caducidade diante de graves violações de direitos humanos. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

²⁴ Art. 8. Garantias Judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Além disso, frise-se que o delegado de polícia não vai excluir a norma do ordenamento, pois vai agir pela via de exceção, ou seja, pelo controle difuso de convencionalidade ao deixar de aplicar a lei menos favorável para aplicar a lei mais favorável a pessoa protegida, ato que será devidamente fundamentado e posteriormente encaminhado a autoridade competente para possível revisão, assim como a Autoridade Policial já faz em relação a todas as medidas cautelares. Além do mais, ampliar o rol de legitimados para a aplicação do controle de convencionalidade, pela via de exceção, é uma forma também de desenvolver o diálogo das fontes²⁵.

Portanto, estando a Autoridade Policial autorizada a realizar o controle de convencionalidade das leis e aplicar sempre no caso concreto a lei mais benéfica ao ser humano, estará também o Estado longe de receber a punição reservada aos que se omitem a fazer uso do dito instrumento, o que também forma uma cadeia de segurança, já que ao analisar o caso e decidir pela inaplicabilidade da norma ilegal ou menos benéfica, ainda passará a decisão pelo crivo do juiz competente.

Vale mencionar que tramita no Plenário do Senado Federal o PL 2622/2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN), que propõe alteração no art. 2º da Lei 13.830/2013, para que o citado dispositivo passe a vigorar acrescido do §7º. O parágrafo visa estabelecer total autonomia para que o Delegado de Polícia realize o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade, com submissão do ato ao juiz de direito em até 48 horas. A fundamentação da proposta legislativa tem como base a doutrina defendida por Henrique Hoffmann, Ruchester Marreiros Barbosa e Valério Mazzuoli, este último que, segundo citado por Valentim, entende que as polícias judiciárias têm o dever de realizar a aplicação das garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos, do mesmo modo que destinam aos cidadãos as garantias constitucionais²⁶.

Ora, não se quer aqui afirmar uma possível usurpação da função jurisdicional com relação a aplicabilidade da lei, mas sendo a autoridade policial um profissional

²⁵ LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos, "Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil", Revista Brasileira de Direito, 2016, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94.p.88.

²⁶ SENADO FEDERAL, Projeto de Lei nº 2622, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136572>> Acesso em: 01 julho 2020.

graduado em Direito e fiel ao juramento realizado no ato de outorga de grau, em que prometeu a busca incessante pela justiça, tal qual juízes, é obrigatório que se faça cumprir, dentro de sua atribuição legal, todos os direitos e garantias fundamentais a pessoa humana, fazendo com que se apresente mais próximo da sociedade o conhecimento e a efetivação dos dispositivos existentes nos tratados de direitos humanos, através deste arsenal que está disponível ao profissional do direito, em especial ao Delegado de Polícia.

É oportuno trazer a informação sobre o desenvolvimento de uma pesquisa pelo Governo Federal, especificamente pela Secretaria de Reforma do Judiciário pertencente ao Ministério da Justiça, no ano de 2013, com a seguinte temática: "O impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais". Durante o desenvolvimento de tal projeto, os responsáveis enviaram questionários aos Ministros do TST, STJ e STF, com a finalidade de obterem informações mais concretas sobre as normas internacionais integradas em nossas jurisprudências e ordenamento, porém nenhum questionário foi respondido, mesmo com bastante insistência do grupo de pesquisa. O silêncio pelos tribunais, levou a conclusão de que não há qualquer interesse satisfatório com relação aos tratados internacionais em nossos tribunais e que o citado silêncio é um notório sintoma da dificuldade de efetivação desses tratados. Além disso, os pesquisadores consideraram, que a legislação internacional é citada em decisões dos tribunais como mera estratégia para reforçar questões da legislação interna²⁷.

É dedutivo, através do trabalho mencionado acima, que para ocorrência de efetivação dos tratados internacionais, não basta que apenas o judiciário se encarregue de garanti-los, pois se o topo deste poder apresenta tal sintoma, a sua base consequentemente não atua de forma diferente. É evidente que com a ampliação dos legitimados para aplicação do controle de convencionalidade, o judiciário será forçado a tratar os tratados internacionais de forma prudente.

²⁷ GOVERNO FEDERAL, O impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais. Brasília: Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/impacto-no-sistema-processual-tratados-internacionais.pdf/view>> Acesso em: 30 junho 2020.

O Brasil já foi condenado em alguns casos em que não respeitou os tratados internacionais de direitos humanos aos quais se comprometeu a cumprir, dentre eles, vale a exposição do "Caso da Favela Nova Brasília" de grande repercussão.

No "Caso Favela Nova Brasília"²⁸, vinte e seis pessoas foram executadas durante incursões policiais feitas pela Polícia Civil no Rio de Janeiro, em outubro do ano de 1994 e, em maio de 1995, na favela de Nova Brasília. Dentre as 26 vítimas também estavam crianças, além destas, três pessoas de 15, 16 e 19 anos foram torturadas e sofreram violência sexual por parte dos agentes policiais. Em 16 de fevereiro de 2017, a Corte ordenou reformulações por parte do Poder Público na investigação das condutas criminosas para real punição dos responsáveis, medidas em respeito às famílias das vítimas, ato público de reconhecimento da responsabilidade e placas comemorativas, tratamentos psicológicos e psiquiátricos para vítimas sobreviventes, pagamento de indenização, publicação de relatórios anuais que contenham mortes ocorridas durante intervenções policiais, políticas públicas referentes a violência sexual, e outras inúmeras medidas que serão fiscalizadas pela Corte até que o órgão internacional decida pelo encerramento do caso²⁹.

O caso acima é uma clara demonstração da responsabilização do Brasil no âmbito internacional, devido a não observância dos tratados internacionais de direitos humanos pelos agentes que realizaram as ações delituosas e, infelizmente pela autoridade policial que deveria presidir de forma coerente a investigação do fato, mas não o fez.

O delegado de polícia atua como presidente do inquérito policial. É através dessa ferramenta que são apurados os indícios suficientes para que o titular da ação possa apresentá-la no judiciário em face do agente criminoso. Tal apuração é realizada por meio de uma série de diligências, realizadas pelo Delegado de Polícia e seus auxiliares (investigadores/agentes e escrivães), dispostas nos artigos 6º e 7º do Código de Processo Penal, tais como, apresentar-se no local do crime para garantir que nada se altere até a chegada dos peritos, realizar oitivas de todos os envolvidos, busca e apreensão de objetos relacionados ao fato criminoso, quebra

²⁸ Corte IDH. Caso favela nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

²⁹ Corte IDH. Caso favela nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

de dados sigilosos, pedidos de perícia, reconstituição de cenas, reconhecimento de coisas e pessoas, realização de acareações, buscas pelo histórico criminoso do agente, sem excluir outras diligências que a autoridade pode desempenhar para cabal elucidação do fato. Após todas as diligências, a autoridade policial realiza um relatório que é a peça final do inquérito policial, onde resume toda a investigação, para então encaminhar o procedimento ao juízo competente³⁰.

Ademais, durante o inquérito policial, pode o defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de provas já documentados, por força da Súmula Vinculante nº 14 do STF, conforme segue:

“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

Por “acesso amplo”, leia-se como todos os meios possíveis de obtenção de cópias dos elementos de provas já documentados, conforme entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, na Reclamação 23.101, no ano de 2016.

A prerrogativa enunciada pela Súmula Vinculante nº 14, e disposta ainda por outros dispositivos legais como o Art. 7º, §§ 10 e 11 do EOAB, com redação dada pela Lei 13.245/16, respingou em inúmeras decisões jurisprudenciais, como na Reclamação 30.957 de agosto de 2018, em que o Ministro Luiz Fux, do STF, defendeu sobre a inviabilidade de acesso pela defesa a procedimentos ainda não documentados:

[...] verifico que, in casu, a irresignação do reclamante não merece acolhida. Isso porque o entendimento adotado no ato reclamado não constitui ato que ofendam a tese firmada no enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal [...]. Deveras, o direito de acesso aos dados de investigação não

³⁰ REIS, Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Direito Processual Penal Esquematizado. Coordenação: Pedro Lenza. São Paulo, Saraiva, 4ª ed., 2015.p.66.

é absoluto, porquanto o legislador ordinário trouxe temperamentos a essa prerrogativa, consoante se infere da exegese do artigo 7º, §§ 10 e 11, da lei 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB, com a redação conferida pela Lei 13.245/2016, [...]. Nesse contexto, cabe referir que o espectro de incidência do Enunciado 14 da Súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal **não abrange diligências ainda em andamento** e elementos ainda não documentados, mormente se considerados os dispositivos legais supramencionados, além de se fazer necessária a apresentação de procuração nas hipóteses de autos sujeitos a sigilo. [...] verifico que sequer se negou à defesa o direito de acesso a autos de investigação, razão pela qual não merece prosperar o presente intento reclamatório. [Rcl 30.957, rel. min. Luiz Fux, decisão monocrática, j. 10-8-2018, DJE 164 de 14-8-2018.]³¹ (Grifei).

Assim sendo, não estará a autoridade policial trabalhando somente sob os olhos do juízo ao qual está vinculado durante a investigação, mas também sob os olhos dos defensores que de igual modo estarão atrelados ao feito, garantindo que tudo será cumprido conforme o ordenamento jurídico interno e internacional.

É evidente que a nuvem de direitos que paira sobre o inquérito policial, exclusivamente sobre a atuação do Delegado de Polícia, possui ligação direta com os tratados internacionais de direitos humanos, como explanado durante toda a pesquisa. Uma simples atribuição concedida a esta autoridade, como a permissão para realização do controle de convencionalidade, pode mudar todo o cenário do âmbito criminal e impedir que o Brasil sofra responsabilizações como a demonstrada no caso da favela de Nova Brasília.

Considerações finais

O desenvolvimento da pesquisa em tela possibilitou a análise do instituto do Controle de Convencionalidade e demonstrou fundamentalmente o grau de eficácia da aplicação do controle pela Autoridade Policial, bem como sua importância como

³¹ STF, Suposta vulneração ao enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, Reclamação 30.957, Sentença de 10 de agosto de 2018.

operador do direito, já que é o primeiro garantidor dos direitos fundamentais no caso concreto.

É notório que havendo ampliação do rol de legitimados para a realização do controle pela via de exceção, será mais efetivo o cumprimento dos dispositivos contidos nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, evitando que ocorram violações nesse sistema de proteção tão importante, que não considera somente o ambiente nacional, mas engloba todo o cenário internacional.

É mister destacar que a maior guardiã na tratativa dessa proteção (Corte Interamericana de Direitos Humanos), já estabeleceu em julgados, conforme apresentado nessa pesquisa, que o Estado que ratifica o tratado internacional, tem o dever de fazer cumprir todos os dispositivos contidos no instrumento, através de todos os seus órgãos, sob pena de responsabilização.

Portanto, não restam dúvidas de que não há mais espaços para controvérsias quando o assunto for a possibilidade do Delegado de Polícia realizar o controle de convencionalidade. Há ainda que destacar que a atuação deste operador de direito não será absoluta, pois passará pelo crivo posterior do Juiz de Direito que também irá analisar e decidir sobre o caso, podendo manter ou afastar o controle realizado pela autoridade policial.

Referências bibliográficas

AMORIM, Maria do Socorro Gomes de, *Direito Constitucional e Direito Administrativo para concursos*, São Paulo, Ícone, 2008.

Corte IDH: Caso gelman vs. Uruguai: inaplicabilidade da lei da caducidade diante de graves violações de direitos humanos. Sentença de 24 de fevereiro de 2011.

Corte IDH: Caso favela nova Brasília vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017.

FISCHER, Octavio Campos, "Supremacia constitucional e modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade", *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 12, n. 12, julho/dezembro de 2012, Curitiba, UniBrasil, p. 326-337.

GOVERNO FEDERAL, *O impacto no Sistema Processual dos Tratados Internacionais*. Brasília: Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de->

justica/publicacoes/Biblioteca/impacto-no-sistema-processual-tratados-internacionais.pdf/view> Acesso em: 30 junho 2020.

HACK, Erico, Direito Constitucional: Conceitos, fundamentos e princípios básicos, Curitiba: Ibpex, 20ª ed., 2008.

HOFFMANN, Henrique. BARBOSA, Ruchester Marreiros, "Delegado pode e deve aferir convencionalidade das leis". Consultor Jurídico, 2017, São Paulo, v. Nov, p. 1.

LENZA, Pedro, Direito Constitucional Esquematizado, São Paulo, Saraiva, 20ª ed., 2016.

LIMA, Gabriel Odileni Barbosa. SANTOS, Jurandir José dos, "Controle de Constitucionalidade pelo Delegado de Polícia". In: ETIC– Encontro de Iniciação Científica, v.15 n. 15, 2019.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. CHEHAB, Isabelle Maria Campos Vasconcelos, "Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil", Revista Brasileira de Direito, 2016, Passo Fundo, v. 12, n. 2, p. 82-94.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, Curso de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, Método, 5ª ed., 2018.

REIS, Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, Direito Processual Penal Esquematizado. Coordenação: Pedro Lenza. São Paulo, Saraiva, 4ª ed., 2015.

SENADO FEDERAL, Projeto de Lei nº 2622, de 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136572>> Acesso em: 01 julho 2020.

STF. Supremo Tribunal Federal, Petição 4.656/PB – Atuação do órgão de controle administrativo, Sentença de 19 de dezembro de 2016.

STF, Suposta vulneração ao enunciado 14 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, Reclamação 30.957, Sentença de 10 de agosto de 2018.

4. O ESTADO DE COISA INCONVENCIONAL: CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO

THE STATE OF INCONVENTIONAL THING: CONTROL OF CONVENTIONALITY OF THE RIGHT TO THE WORK ENVIRONMENT



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-04>

Charles Lima e Silva

RESUMO

Este trabalho irá analisar o conceito de controle de convencionalidade, no Brasil, enfatizando as normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que tratam das condições laborais do meio ambiente e, também pontuações sobre a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), com intuito de fazer uma análise sobre o Estado de Coisa Inconvencional (ECI) e sua relação com o controle de convencionalidade do direito ao meio ambiente de trabalho, sobre a temática do controle de convencionalidade, cujo foco principal é observar a aplicação deste controle pelo Tribunal Superior do Trabalho (TST), a fim de proteger a dignidade da mão de obra humana. Esta pesquisa parte da formação do Estado Democrático de Direito, de modo a compreender o funcionamento social desse e com a seguinte problemática: É possível associar um conceito de que existe um Estado de Coisa Inconvencional a partir da relação com o Estado de Coisa Inconstitucional? A metodologia envolverá as técnicas de análise documental, estatística e de revisão bibliográficas para desenvolver pesquisa qualitativa, que comunica as ideias de direitos sociais e meio ambiente de trabalho. Realizou-se um estudo dos principais aspectos referentes ao tema, objetivando-se, ao final, demonstrar que o controle da convencionalidade dos atos do Poder Público deve ser realizado pelo Judiciário brasileiro e, no caso da Justiça do Trabalho, e as convenções e recomendações da OIT demonstram-se relevante instrumento de efetivação dos direitos humanos. Tem-se como resultados, a contribuição para o fortalecimento da democracia, com a efetivação de direitos humanos fundamentais, através dos meios constitucionais necessários.

Palavras-chave: Controle de Convencionalidade. Meio Ambiente de Trabalho. Coisa Inconvencional. Coisa Inconstitucional. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT

This paper will analyze the concept of conventionality control in Brazil, emphasizing the International Labor Organization (ILO) standards that deal with environmental working conditions and also scores on the American Convention on Human Rights (ACHR), with the aim of to make an analysis on the State of Unconventional Thought (ECI) and its relationship with the control of conventionality of the right to the working environment, on the theme of conventionality control, whose main focus is to observe the application of this control by the Superior Court of (TST) in order to protect the dignity of human labor. This research starts from the formation of the Democratic State of Law, in order to understand its social functioning and with the following problem: Is it possible to associate a concept that there is an Unconventional State of Thing from the relationship with the Unconstitutional State of Thing? The methodology will involve the techniques of document analysis, statistics and bibliographic review to develop qualitative research, which communicates the ideas of social rights and the work environment. A study of the main aspects related to the theme was carried out, aiming, at the end, to demonstrate that the control of the conventionality of the acts of the Public Power must be carried out by the Brazilian Judiciary and, in the case of Labor Justice, and the conventions and recommendations of the ILO prove to be a relevant instrument for the realization of human rights. The results are the contribution to the strengthening of democracy, with the realization of fundamental human rights, through the necessary constitutional means.

Keywords: Conventionality control. Working Environment. Unconventional thing. Unconstitutional thing. Fundamental rights.

INTRODUÇÃO

O estudo do controle de convencionalidade trata do exame da fundamentação filosófica e da legitimidade social nas relações de direitos humanos fundamentais, que garantem o mínimo existencial para uma vida digna fomentada nos valores de crescimento¹ estabelecida pela Constituição de 1988 dentro dos fundamentos da ordem constitucional nas relações quanto às normas de produções domésticas estatal (GOMES, 2009, p. 88).

Dentro do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a obrigação de controlar a convencionalidade foi declarada pela Corte Interamericana

¹ Os valores estabelecido pela Constituição de 1988 são à base dos direitos humanos fundamentais e se norteiam na dignidade, na cidadania e na justiça social, os quais não podem ter seu patamar mínimo civilizatório suprimido em decorrência de choque de princípios e normas, uma vez que equilibrar as normas dos tratados internacionais com as normas de produção doméstica estatal, é imprescindível para a vigência do ordenamento jurídico interno, pois a aderência do Estado-membro

em 26 de setembro de 2006, pelo Poder Judiciário, onde este deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que se aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (MAZUOLLI, 2009. p. 88).

Os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos, mais especificamente, quanto ao meio ambiente de trabalho, deverá haver a compatibilidade vertical das normas. Essa compatibilidade é garantida a partir do exercício do controle de convencionalidade (MAZZUOLI, 2009, p. 67).

Há a necessidade do judiciário de intervir, exercendo o controle difuso de convencionalidade, para que na hipótese de um conflito entre uma norma estatal e uma norma internacional de direitos humanos na qual foi confirmada e ratificada pelo Brasil, se siga a norma de convenção internacional. Por isso, deve haver uma análise de previsão e garantia desses direitos e enfatizar como estes foram se modificando, de acordo com as condições sociais, econômicas e políticas, que se relacionam no tempo, para que assim se tenha a garantia de eficácia social, que se destina a previsão dessas faculdades (LASCANO, 2015, p. 37).

O controle de convencionalidade surgiu da necessidade da observância dos meios internacionais de que o Estado é parte, apoiado em princípios do direito internacional, como compatibilizando o ordenamento jurídico interno não só à Constituição, mas também aos acordos, tratados e convenções de que o Brasil seja signatário² (PIOVESAN, 2008, p. 113).

Nos capítulos seguintes serão abordadas as correlações do Estado de Coisa Inconvencional com o controle de convencionalidade, realizado de forma concentrada nos Tribunais encarregados da observância e interpretação da norma internacional.

enseja numa anuência internacional formalizada e ladeada nestes valores amplamente defendidos pelo Constituição Federal de 1988.

² Fator preponderante à instituição do controle de convencionalidade constitui-se a própria construção dos Tribunais Internacionais, os quais, paulatinamente, foram assentando o entendimento de vinculação dos Estados-partes às suas decisões.

³ Depois da 2ª Guerra Mundial, a OIT em sua constituição teve emendas, e assim incluiu a Declaração de Filadélfia, que posteriormente inspirou a Carta das Nações Unidas e para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, uma vez que esta demonstra preocupação com a dignidade humana, expressada por meio deste documento e que agrega o caráter democrático da OIT e seu tripartidarismo quando descreve que qualquer nação deve ter uma investida internacional contínua e gradual, no qual os sindicatos dos empregadores e dos empregados discutam, em equilíbrio, com os do Estado, e tenham decisões de caráter democrático, visando o bem comum

Isso com um controle interno, que, aplicado ao Brasil, poderá ocorrer pelos juízes e tribunais da justiça ordinária, e direcionada ao Supremo Tribunal Federal, dos quais se destacam os Tribunais Superiores pátrios.

Dentro destes, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem destaque nessa atuação, seja na aplicação própria do controle de convencionalidade, quanto em defesa às decisões dos Tribunais *a quo* que o aplicam, principalmente frente às convenções da OIT. Deste modo, constantemente o referido tribunal tem dado interpretação convencional, em respeito aos instrumentos internacionais, como ocorreu no caso em análise, frente à Declaração da Filadélfia de 1944³, parte integrante da Constituição da OIT.

Este estudo tem como objetivo examinar as convenções da OIT dentro do exercício do controle de convencionalidade no âmbito do TST, bem como explicar sobre a Coisa Inconvencional e sua relação com as convenções dessa, em suas respectivas normas, as quais versem sobre o meio ambiente de trabalho.

A análise dos dados foi realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, por meio de livros e artigos científicos. Portanto, este trabalho tem natureza qualitativa onde se aplicou o critério de compreensão dos dados coletados e a análise das fundamentações jurídicas das decisões.

O tema será discutido em três (03) capítulos, cujos títulos são:

2. *Controle de Convencionalidade no Brasil*
3. *Controle de Convencionalidade do Direito ao Meio ambiente de Trabalho à luz da análise do ativismo judicial constante no controle de constitucionalidade*
4. *O Estado de Coisa Inconvencional e a Convenção nº 158 da OIT*

O primeiro capítulo irá tratar de como ocorre o controle de convencionalidade, no país, analisando a reforma promovida pela incorporação da Emenda Constitucional - EC nº 45 de 2004, que incluiu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Também irá abordar sobre o dispositivo da norma pátria ao dispositivo convencional paradigmático.

Já no segundo, tem-se como importante analisar o status de supralegalidade que o Supremo Tribunal Federal concedeu status de aos tratados internacionais de

direitos humanos e assim foram assinados e ratificados pelo Brasil em momento histórico no ano de 2008, bem como a possibilidade ou não deste controle ser considerado ativismo judicial à luz do clássico e empoderado controle de inconstitucionalidade.

Tal marco viabilizou o controle difuso de convencionalidade das leis, ou seja, os juízes e tribunais brasileiros diante de um caso concreto, e antes de decidir pela aplicação das normas de produção doméstica, estes devem verificar a compatibilidade destas leis ordinárias com os referidos tratados de direitos humanos que versem sobre matéria de direito do trabalho, e assim que foram regularmente ratificados, para que as normas de estatuta legal, normalmente aplicadas, tenham sua eficácia paralisada, se for o caso de contrariar uma convenção de direitos humanos, aqui representada pela OIT.

Quanto ao terceiro capítulo irá abordar sobre a convenção de nº 158 da OIT, ligando-o ao inciso VI da Constituição Federal de 1988 à temática da Coisa Inconvencional relacionando-o ao ativismo judicial.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Não se pode falar de controle de convencionalidade, sem falar sobre o controle dos atos constitucionais pelo Estado, ou seja, todos os atos administrativos e legislativos devem estar em conformidade às normas convencionais⁵. No Brasil estas normas devem estar respaldadas na Constituição federal (Art. 5º, § 2º, da Constituição).

É possível defender o desuso de um controle específico de convencionalidade, pois se estaria falando, de controle de constitucionalidade, haja vista que as normas internacionais sobre direitos humanos teriam status materialmente ou formalmente constitucional, por isso enfatizamos que é necessária a sua sistematização (MAZZUOLI, 2009, p. 73-74).

Trata-se, portanto, de um controle de validade das normas nacionais, tendo por parâmetro não o texto constitucional, mas os compromissos internacionais assumidos em matéria de proteção aos direitos humanos (THADEU, 2013. p.01).

Luiz Flávio Gomes (2009, p. 4), a respeito disso enfatiza que:

Em relação ao controle de convencionalidade concentrado cabe admitir o uso de todos os instrumentos desse controle perante o Supremo, ou seja, é plenamente possível defender a possibilidade de ADIn (para eivar a norma infraconstitucional de inconstitucionalidade e inconvenção), de ADECON (para garantir à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com a norma internacional com valor constitucional), ou até mesmo de ADPF⁴ Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para exigir o cumprimento de um "preceito fundamental" encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional. Embora de difícil concepção, também não se pode desconsiderar a ADO (Ação Direta de Constitucionalidade por Omissão) (GOMES, 2009, p. 4)

O Decreto de emenda constitucional no 45/04, que nexou o § 3º ao art. 5º da Constituição, versa a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um quorum qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados "equivalentes às emendas constitucionais".

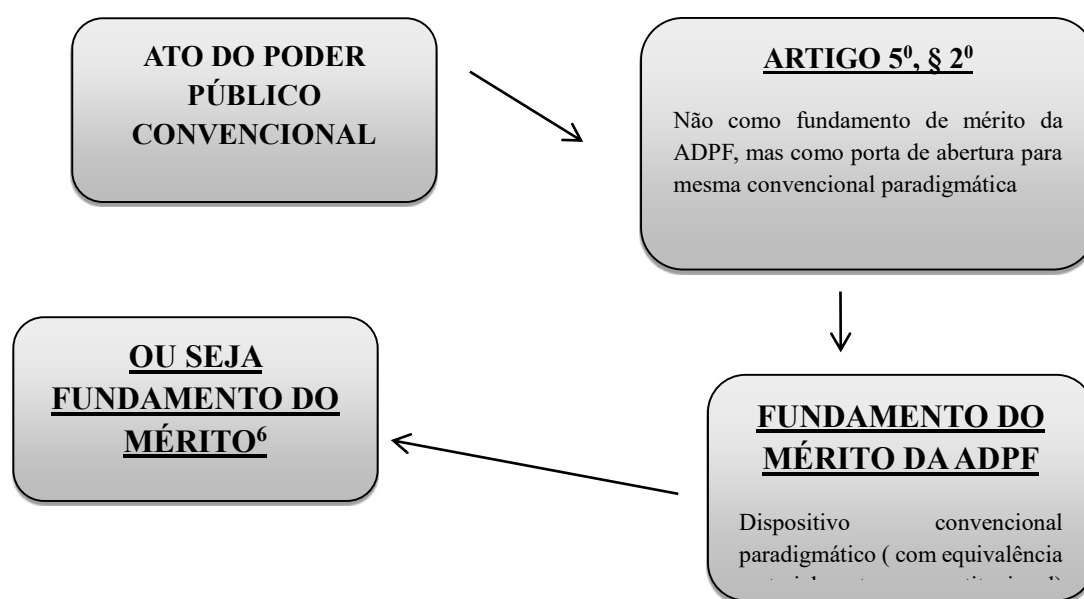
Esse adendo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis. À medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico "controle de constitucionalidade", deve ainda existir um controle de convencionalidade das leis, que é a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país, que sigam as normas da OIT

⁴ Nesse sentido, poderia ser destaque a ADPF nº 289, que objetiva seja dada interpretação conforme ao Art. 9º, I e III, do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, para o reconhecimento da incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz. Esta é a interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mormente no Caso Palamara Iribarne vs. Chile, que poderia ter sido mais bem explorada pela Procuradoria-Geral da República, por ocasião da Arguição.

⁵ A Constituição Federal e o tratado de direitos humanos: consiste este primeiro limite na necessidade de que a lei não seja apenas compatível com as normas da Lei Magna, mas também com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo

Por intermédio da ADPF, utilizando-se do preceito fundamental contido nessa cláusula de abertura constitucional (Art 5º, § 2º) – que serve como uma “porta” ao “bloco de constitucionalidade”⁵, se “aferiria a compatibilização da norma pátria ao dispositivo convencional paradigmático, o qual integra o referido bloco. Dito de outro modo, não se estaria a confrontar a norma infraconstitucional ao § 2º, mas à norma internacional constante no bloco, utilizando-se como fundamento não a violação do § 2º, mas a norma material constante no tratado.

Explicando dispositivo convencional paradigmático:



2 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE DE TRABALHO À LUZ DA ANÁLISE DO ATIVISMO JUDICIAL CONSTANTE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A teoria da convencionalidade, apresentada no Brasil por Válerio de Oliveira Mazzuoli, após a Emenda Constitucional 45 de 2004, que alterou o artigo 5º da

governo. Do contrário, caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno (MAZZUOLI, 2009, p.33).

⁶ O “Bloco de Constitucionalidade” é a expressão utilizada, principalmente, por Llórente (LLÓRENTE, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, v. 9. n. 27, p.

Constituição Federal, com a inclusão do § 3º neste, e assim fomentou a teoria do controle de convencionalidade que temos hoje, ao qual possui natureza jurídica supralegal, em que é dado no que pese aos julgamentos pelo STF, e assim o Ministro Celso de Mello prontamente explicou:

“Devemos interpretar a convenção internacional e promover, se for o caso, o controle de convencionalidade dos atos estatais internos e domésticos, em ordem de impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.” (HC 87.585)

O renomado doutrinador Valério de Oliveira Mazzuoli, defende ferreamente que desde a Constituição Federal de 1988, já existia no Brasil a autorização para que fosse feito o controle de convencionalidade difuso, e o principal argumento é fundamentado na ideia de que as normas internacionais de direitos humanos têm status de norma constitucional em virtude do que prevê o art. 5º, §2º. Diz o texto:

§2º – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Segundo aponta Mazzuoli (2009, p. 138) a produção da legislação brasileira conta com um duplo limite vertical material, qual seja:

Consiste este primeiro limite na necessidade de que a lei não seja apenas compatível com as normas da Lei Magna, mas também com a Constituição e com os tratados internacionais (de direitos humanos e comuns) ratificados pelo governo. Do contrário, caso a norma esteja de acordo com a Constituição, mas não com eventual tratado já ratificado e em vigor no plano interno, poderá ela ser até considerada vigente, mas não poderá ser tida como válida, por não ter passado imune a um dos limites verticais materiais agora existentes: os tratados internacionais em vigor no plano interno. Este segundo limite consiste-se na ideia de que a para que exista a vigência e a concomitante validade da lei, é

preciso que esta esteja de acordo com os demais instrumentos internacionais ratificados pelo Estado brasileiro. (MAZZUOLI, 2009, p.138).

Assim, o controle de convencionalidade é o meio pelo qual a dupla compatibilidade vertical material é aplicada, sendo estes os limites pelos quais se deve haver, seja no momento da produção normativa o legislador, para que este se atente que uma determinada lei interna só poderá vir a ser vigente se estiver em acordo com o texto constitucional, e com os tratados de direitos humanos assinados e ratificados pelo Brasil e demais tratados internacionais, ou seja, não será válida se estiver em desacordo tanto com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal) (GOMES, 2008, p.34).

Portanto, dentre as controversas acepções, ativismo judicial consiste em forma de interpretação expansiva do judiciário, de modo a interpretar a Constituição com aparatos exteriores aos positivados, o que pode implicar em uma ameaça, segundo considerável parte da doutrina, à democracia, haja vista que “permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes.

Corroba o pensamento de Sarmento (2007) ao dizer que:

Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. (SARMENTO, 2007, p. 144)

Porém, a despeito das resistências teóricas, Barroso (2015, p. 36) afirma que o papel do controle de convencionalidade pode tornar-se quase universalmente aceito, assim como o controle de inconstitucionalidade no que diz respeito a pauta da legitimidade democrática da jurisdição constitucional nos seguintes fundamentos:

a) a proteção dos direitos fundamentais, que correspondem ao mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem

atropelados por deliberação política majoritária; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos. (BARROSO, 2015, p. 36)

Thomas Bustamante (2010, p. 606) preconiza que “uma colisão entre princípios constitucionais, principalmente nos casos em que estes têm igual peso abstrato ou importância, só pode ser resolvida pelo estabelecimento de certas relações de prioridade condicionada entre os princípios colidentes”.

3 O ESTADO DE COISA INCONVENCIONAL E A CONVENÇÃO Nº 158 DA OIT

O estado de coisa inconstitucional é um modelo recente do ativismo jurídico, o qual merece devida proteção no ordenamento jurídico do Brasil, cujo objetivo é de combater as irregularidades do governo e representação política, o qual teve seu debate no plenário do STF iniciado ainda em 2015, na Medida Cautelar em ADPF n. 347. Assim como a CCC, o STF argumentou, para legitimar o uso da declaração de “estado de coisas inconstitucional”, sobre uma suposta necessidade de intervenção do Direito no campo que foi representado como privativo da Política. A Política, por seu turno, segundo os argumentos utilizados naquela decisão, não teria sido capaz de respostas eficientes para tratar problemas de sua competência funcional (PEREIRA, 2009, p. 45).

Objetiva-se demonstrar através de dados bibliográficos, que há a existência de inconstitucionalidade em uma das normas das Convenções da OIT⁷, a qual é a convenção de nº 158, que embora com baixa adesão dos países membros, foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 68/92 e promulgada pelo Decreto 1.855/96.

⁷ São tratados internacionais que definem padrões e pisos mínimos a serem observados e cumpridos por todos os países que os ratificam. A ratificação de uma convenção ou protocolo da OIT por qualquer um de seus 187 Estados-membros é um ato soberano e implica sua incorporação total ao sistema jurídico, legislativo, executivo e administrativo do país em questão, tendo, portanto, um caráter vinculante.

Essa Convenção nº. 158 da Organização Internacional do Trabalho se refere à possibilidade de dispensa de trabalhadores na iniciativa privada apenas nas seguintes condições:

- 4 A menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento;
- 5 Baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, ou de natureza econômica, de estabelecimento ou serviço.
- 6 Por deficiência tecnológica de trabalho ou estrutural. Dessa forma, é vedada a dispensa imotivada de trabalhadores permeando uma estabilidade infinita no trabalho.

Neste viés, considerando a perspectiva de efetivação do controle difuso de convencionalidade, surge o questionamento sobre o ativismo judicial sobre a questão, uma vez que para Barroso (2008, p. 15), o ativismo judicial é uma "participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário¹² na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".

Sendo assim, a situação se manifesta por meio das seguintes condutas: a aplicação direta da Constituição ou das Convenções diante das situações não expressamente contempladas em seu texto das normas de produção doméstica estatal, por exemplo, e, independentemente de manifestação do legislador ordinário; a declaração de inconvencionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação das Convenções da OIT ; a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2008, p.6).

Portanto, dentre as controversas acepções, ativismo judicial consiste em forma de interpretação expansiva do judiciário, de modo a interpretar as Convenções com aparatos exteriores aos positivados, o que pode implicar em uma ameaça, segundo considerável parte da doutrina, à democracia, haja vista que "permite que juízes não eleitos imponham as suas preferências e valores aos jurisdicionados,

muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador" (SARMENTO, 2007, p. 144).

CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade é algo que está cada vez mais fazendo parte do poder judiciário, através dos juízes com o poder do controle difuso de convencionalidade das normas de produção doméstica estatal, que através do poder legislativo, vem trazendo cada vez mais normas incompatíveis com os tratados internacionais de direitos humanos em matéria de labor.

Assim, faz-se necessário esta análise de compatibilidade dupla vertical tanto entre a constituição como quanto as convenções internacionais de direitos humanos que versem acerca do direito do trabalho.

Nesse contexto, a cláusula de vedação do retrocesso social, prevista tanto na Constituição de 1988 quanto em diversos tratados internacionais, não impede que o legislador ordinário pátrio realize novos ajustes na legislação social brasileira, reconfigurando institutos e retirando direito, desde que preserve o núcleo essencial do direito fundamental.

Com isso, será constatado que ainda há obstáculos a se superar, pois o caminho para implantação desses direitos com a devida vênica é longo e a previsão constitucional e ordinária não é realista para fins de custeio e manutenção desses direitos, pois ainda se necessita de um grande número de regulamentação para essas normas, que faz com que a luta cívica pela garantia da eficácia convencional seja um processo lento e gradual para o desenvolvimento da sociedade.

Desta forma, a partir de uma análise sobre a formação do Estado Democrático de Direito, compreende-se que o mesmo consiste no equilíbrio, por meio da Constituição e das Convenções, entre a democracia, que se dá com a vontade majoritária, e o constitucionalismo, que consiste na garantia de valores e fins constitucionais para garantir direitos fundamentais de todos. Entretanto, dessa relação, uma norma acaba por se sobressair aos demais, a depender das mudanças do Estado e das demandas sociais.

Assim, faz-se necessário compreender que motivos justificam o surgimento desses fenômenos. Diante da mudança social que gera maior complexidade às questões políticas, os Poderes representativos, como estratégia, transferem-se a responsabilidade de solucionar.

Por meio do Supremo Tribunal Federal, encontra legitimidade democrática na representatividade que apresenta diante da insatisfação das normas, por parcelas da população, com a omissão dos demais Poderes frente a questões de dignidade humana, como é o caso da situação do Direito ao Meio Ambiente de Trabalho por meio do controle de constitucionalidade e de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Vicente. **Direitos humanos em evolução**. São Paulo: Unoesc, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BARROSO, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, v. 9. n. 27, p. 9-37, sept./dic. 1989. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional de convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BUSTAMANTE, Thomas. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. **Pensar**, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 603-627, jul./dez. 2010. Disponível em: < <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/?cdConteudo=3613901> >. Acesso em: 02 set. 2020.

GOMES, Luiz Flávio. **Controle de convencionalidade**: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2033, 24 jan. 2020.

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez. **Tópicos de convencionalidade**: Las nuevas repuestas del derecho - derecho procesal convencional de derechos humanos - big bang de los derechos humanos. Tuxtla Gutiérrez: Primera Instancia, 2015.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. **O controle de convencionalidade das leis**. Disponível em: <http://pronline.orangotoe.com.br/canal/direito-e-justica/news/348659/>. Acessado em 03-09-2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional internacional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Nestor Pedro. **Nuevas fronteras del control de convencionalidad**: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, AGO. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SARMENTO, Francisco Rubio. El Bloque de Constitucionalidad. Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid, v. 9. n. 27, p. 9-37, sept./dic. 1989. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO, Marcelo Antonio. **Direitos fundamentais & sua concretização**. Curitiba:Juruá Editora, 2006.

THADEU, Valério de Oliveira. **Integração das convenções e recomendações internacionais da OIT no Brasil e sua aplicação sob a perspectiva do princípio**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, Campinas, n. 43, pro homine 2013. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2020.

5. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E ATIVISMO JUDICIAL NA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A ADO 26

*CONSTITUTIONALITY CONTROL AND JUDICIAL ACTIVISM IN THE
CRIMINALIZATION OF HOMOTRANSFOBIA: CONSIDERATIONS ABOUT ADO 26*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-05>

Bianca Brasil

Resumo

Os objetivos do presente trabalho são de explicar, brevemente, o controle de constitucionalidade a partir da Constituição Federal de 1988, relacionando-o com o conceito de ativismo judicial e a identidade de atuação da Suprema Corte, a partir das ações inerentes aos artigos 102 e 103 da Lei Maior. Além disso, serão feitas considerações acerca da criminalização da homofobia pela Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26 e a função delimitada e condicionada da Suprema Corte em suprir omissões legislativas. Para tanto, a discussão será feita em três momentos: 1- Elucidação acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988; 2 – Indagação acerca do ativismo judicial exercido pelo STF ser garantidor de direitos fundamentais em contraposição à incidência desregrada no âmbito funcional de outros poderes; 3- Exposição sobre o julgamento da criminalização da homofobia e seus diferentes aspectos, sobretudo, buscando investigar a real possibilidade jurídica da decisão e as possíveis consequências da abertura de um precedente. Finalmente, a metodologia utilizada deu-se a partir de abordagem do tema de viés qualitativo, com procedimento técnico bibliográfico, com utilização dos resultados de maneira pura e de objetivos exploratórios.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Ativismo Judicial. Criminalização da homofobia.

Abstract

The objectives of this article are to explain, briefly, the control of constitutionality from the Federal Constitution of 1988, relating it to the concept of judicial activism and the identity of the Supreme Court, based on the actions inherent to the articles 102 and 103 of the Major Law. In addition, considerations will be made about the criminalization of homophobia by Direct Action of unconstitutionality by omission No. 26 and the Supreme Court's delimited and conditioned role in overcoming legislative omissions. To this end, the discussion will take place in three moments: 1- Elucidation about the Brazilian constitutionality control system, starting from the Federal Constitution of 1988; 2 - Inquiry about the judicial activism exercised by the Supreme Court to guarantee fundamental rights in opposition to the unregulated

incidence in the functional scope of other powers; 3- Presentation on the judgment of the criminalization of homophobia and its different aspects, above all, seeking to investigate the real legal possibility of the decision and the possible consequences of opening a precedent. Finally, the methodology used was based on a qualitative approach, with a bibliographic technical procedure, using the results in a pure way and with exploratory objectives.

Keywords: Constitutionality control. Judicial Activism. Criminalization of homophobia.

INTRODUÇÃO

Alguns dispositivos constitucionais preveem complementação para produzirem todos os efeitos, garantido, por conseguinte a efetividade máxima da preconização constitucional. Caso haja a falta dessa regulamentação infraconstitucional, pode-se ajuizar o Mandado de Injunção ou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, sendo este realizado pelo Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade. Pode-se pensar a inconstitucionalidade por omissão como uma forma de preencher uma lacuna normativa deixada pelo Legislador positivo, o qual possui devidamente a competência de legislar.

O Poder Constituinte Originário destina, intencionalmente, a tarefa de legislar a respeito de determinado assunto ao Poder Constituinte Derivado e quando o segundo omite-se no exercício de regulamentação da norma constitucional limitada, tem-se, por conseguinte, a inconstitucionalidade por omissão.

Respeitando-se a sistemática da Constituição Federal de 1988 e o princípio da separação de poderes, o STF deve comunicar ao Poder Legislativo a necessidade do fazer de uma norma que possa regular matéria deixada em aberto, e quando não o fizer, é competência da Suprema Corte suprir a omissão, a fim de garantir a eficácia das normas constitucionais e o exercício dos direitos.

Assim, a relevância inerente à presente discussão está em investigar a relação entre o ativismo judicial – observado na ampliação das função jurisdicional do STF a partir do enfoque constitucional ao controle concentrado – e o sistema de atuação da Suprema Corte ao assegurar direitos fundamentais, porém, questiona-se a utilização de mecanismos bastante delimitados pela própria Constituição, sob pena de desequilíbrio entre os poderes e possíveis arbitrariedades.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988 declarou mudanças significativas no que tange a diversos aspectos jurídicos, servindo posteriormente de alicerce para as decorrentes criações normativas. Ao instituir claramente o viés social às normas constitucionais, setores diferentes foram representados na Lei Maior. No tocante ao controle de constitucionalidade, a norma máxima atentou-se ao controle concentrado de constitucionalidade, o qual foi teorizado pelo jurista Hans Kelsen a partir da ideia de uma Corte Constitucional capaz de atuar como legislador negativo, retirando normas inconstitucionais do ordenamento jurídico.¹ A respeito do tema, confira:

(...) O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO : A ação direta de não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo inconstitucionalidade Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar. Não se revela lícito pretender, em sede de controle normativo abstrato, que o Supremo Tribunal Federal, a partir da supressão seletiva de fragmentos do discurso normativo inscrito no ato estatal impugnado, proceda à virtual criação de outra regra legal, substancialmente divorciada do conteúdo material que lhe deu o próprio legislador. (...)²

Assim, o Supremo Tribunal Federal, em sede controle concentrado de constitucionalidade, é responsável por proteger as normas constitucionais, impugnando dispositivos normativos que vão de encontro aos valores inerentes à Lei Maior, fato que é previsto no artigo 102, I, "a" da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, o sistema misto de controle de constitucionalidade foi consagrado a partir do modelo norte-americano e o caso *Marbury vs Madison* e o *judicial review*.³ Desse modo, há também o controle difuso de constitucionalidade, o

¹ Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

² ADInMCQO 1.063/DF, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU de 27-4-2001, p. 57.

³ Saramago Stern, Ana Luiza. " O caso *Marbury vs Madison*: o nascimento do *judicial review* como aspecto político", Revista Direito e Liberdade, v.18, n.3, 2016, Natal/RN, Tribunal de Justiça do RN, p.193-212.

qual permite ao magistrado ou órgão colegiado a função de, sob análise do caso concreto, averiguar a compatibilidade entre a lei ou ato normativo e a Constituição Federal de 1988, podendo afastar sua incidência e não aplicá-los ao caso.

O artigo 102, III da Constituição Federal de 1988 ainda discute a hipótese do processo que é arguida a inconstitucionalidade normativa ser julgado pelo STF, mediante recurso extraordinário, passando de efeito *inter partes* (entre as partes do processo) para efeito *erga omnes* (contra todos).

Luiz Roberto Barroso⁴ atesta que o controle de constitucionalidade pressupõe a proteção dos direitos minoritários, a partir da existência de valores materiais invioláveis. Esta perspectiva pode explicar a inovação da Constituição Federal ao ampliar o rol de legitimados ativos para propor ação direta de constitucionalidade e ação de inconstitucionalidade,⁵ uma vez que a proteção constitucional se torna maior pela amplitude de “fiscais” de inconstitucionalidade. Entretanto, exige-se pertinência subjetiva entre os legitimados do artigo 103 e o assunto em debate na ADI, nas palavras do ministro Celso de Mello:

É importante rememorar, neste ponto, que o requisito da pertinência temática – que se traduz na relação de congruência que necessariamente deve existir entre os objetivos estatutários ou as finalidades institucionais da entidade autora e o conteúdo material da norma questionada em sede de controle abstrato – foi erigido à condição de pressuposto qualificador da própria legitimidade ativa ‘*ad causam*’ para efeito de instauração do processo objetivo de fiscalização concentrada de constitucionalidade (grifo do autor).⁶

É válido mencionar ainda as ações previstas constitucionalmente e sua incidência na ordem jurídica como mecanismos de defesa da Constituição, são elas

⁴ Barroso Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

⁵ Constituição de 1988: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”

⁶ STF, ADI 1.157, Relator: CELSO DE MELLO, julgado em 01/12/1994, TRIBUNAL PLENO, DJ: 17/11/2006.

Ação direta de inconstitucionalidade (ADI), Ação declaratória de constitucionalidade (ADC) – instituída a partir da Emenda Constitucional n.3/ 1993- , Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Como sustenta Paulo Bonavides⁷, a ADI representa essencial mecanismo de proteção constitucional, através do exame de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, sendo a Suprema Corte brasileira competente para julgá-la.

A Constituinte de 87/88 também criou a Ação direta de inconstitucionalidade por Omissão (artigo 103, §2º) , instituto capaz de destinar ao STF o dever de suprir a omissão legislativa em relação à complementação ou regulamentação de preceito constitucional, o que, nas palavras de Bonavides “invalidou alguns avanços básicos do Estado Social brasileiro”.

Em 1993, através da Emenda Constitucional n.3, foi criada a Ação declaratória de constitucionalidade, também de competência do STF e detentora dos mesmos legitimados ativos da ADI, vindo a ratificar expressamente a compatibilidade de lei ou ato normativo à Constituição, ao passo que estimula-se a existência de decisões judiciais conflitantes a respeito do objeto da ação.

De acordo com o artigo 1º, caput da Lei 9.882/1999 a ADPF, contida no § 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta diante do STF e terá por finalidade reparar dano a preceito fundamental causado por ato do Poder Público. As garantias fundamentais são divididas em: direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

ATIVISMO JUDICIAL: STF COMO GARANTIDOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS?

Como demonstrado, o controle concentrado de constitucionalidade possibilitou ampliação de competências ao STF, a partir das quatro ações que o compõem. Assim, torna-se cabível uma breve discussão acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal em consonância ao tema do ativismo judicial, o qual, por

⁷ Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25.ed, São Paulo: Malheiros, 2010.

muitas vezes assume uma posição negativa e até mesmo arbitrária no que tange à extensão de poderes do Judiciário.

Vanice Regina do Valle ⁸ conclui que o termo "ativismo judicial" não encontra consenso. Há o ativismo jurisdicional e o extrajudicial, uma vez que o primeiro ocorre no âmbito da prestação jurisdicional e o segundo na forma como os magistrados se comportam frente aos demais poderes e à sociedade, podendo ser, por muitas vezes, tratados como "heróis" pela opinião pública. Como é sustentado por Elival da Silva Ramos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é à ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o *núcleo essencial* de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (grifo do autor) ⁹

Para o autor mencionado, o ativismo judicial claramente assume uma posição negativa. A interferência desordenada de um poder na órbita do outro caracteriza atentado à ordem constitucional e à separação de poderes. Em sede de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário pode atuar somente como legislador negativo e não positivo, uma vez que esta é função típica do Poder Legislativo.

Essa dimensão é correta, porém, torna-se necessário mencionar que o ativismo judicial também está ligado à evolução social e às novas demandas necessárias no que concerne à produção normativa. Não obstante, pode-se dizer que o ativismo judicial também pode assegurar o cumprimento de direitos fundamentais?

A atuação do Supremo Tribunal Federal, além de uma dimensão negativa, ou seja, da retirada do ordenamento de uma norma infraconstitucional que vai de encontro aos valores da Constituição, também possui um viés positivo na supressão de omissão normativa por parte do Poder Legislativo, através da ADO e do mandado

⁸ Valle, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁹ Ramos, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

de injunção (artigo 5º, inciso LXXI da Constituição Federal de 1998).

Luis Roberto Barroso atesta que o ativismo judicial associa-se a uma participação mais ampla do Judiciário em assegurar as finalidades constitucionais e que uma das condutas formadoras deste conceito é aplicação da Constituição de uma forma não necessariamente contemplada expressamente em seu texto e independentemente de manifestação do Poder Legislativo.¹⁰

Como sustenta Bulos,¹¹ respeitando-se, obviamente os limites constitucionais, a partir da perdura da omissão total ou parcial do Legislativo, o Judiciário deve disciplinar a matéria temporariamente a fim de proteger direitos fundamentais e indispensáveis ao usufruto das garantias previstas na Lei Maior. Por conseguinte, tal lacuna seria preenchida através do remédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade Por Omissão.

O objetivo desse remédio constitucional é tornar o Poder Legislativo ciente da lacuna constitucional provocada pela falta de norma que a regule, sendo incabível a permanência de tal omissão, uma vez que os direitos fundamentais devem ser protegidos e plenamente exequíveis.

Partindo-se do pressuposto de Barroso que o ativismo judicial é uma atitude, tem-se que este pode ser utilizado para assegurar direitos fundamentais. O ativismo judicial pode ser pensado na ideia de que o intérprete leva o texto constitucional à outra dimensão não prevista, ao menos de forma integral, expressamente pelo Constituinte, mas que, pensando no espírito constitucional, não faltou intenção, mas previsão.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal encontra dificuldades em sistematizar a ocorrência da inconstitucionalidade por omissão. Pode-se citar como exemplo a atribuição de legislador positivo – competência exercida exclusivamente pelo Congresso Nacional – à Suprema Corte devido, recentemente, ao caso da ADO nº 26, a qual criminaliza a homotransfobia.

¹⁰ Barroso, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹¹ Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA E A ADO 26

Partindo do pressuposto da omissão constitucional do Poder Legislativo, a Suprema Corte julga a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, decidindo-a a partir da proposta do Partido Popular Socialista (PPS) – julgar a criminalização da homotransfobia do Brasil, dados os índices alarmantes de oriundos de tal motivação e, em consonância, a falta de especificidade normativa para tipificar a conduta.

Assim, foi decidido que a homofobia e a transfobia se enquadram no conceito ontológico-constitucional do crime de racismo, partindo-se do pressuposto da interpretação conforme a Constituição, fato que levou ao entendimento de que a população LGBT constituiria uma raça. Foi enquadrada a tipicidade do crime na Lei 7.716/1989, a qual disciplina os crimes resultantes de raça ou cor.

O relator da ação ministro Celso de Mello, julgou procedente a ADO, com efeitos vinculantes e eficácia geral, visando a reconhecer definitivamente a mora legislativa em resguardar tais direitos, fundamentando-se a partir dos mandados constitucionais de incriminação pautados no artigo 5º, incisos XLI e XLII da Constituição Federal de 1988.

A Suprema Corte, anteriormente, na ADI 4277 e ADPF 132, interpretou o texto normativo considerando que, diante do conservadorismo ainda preponderante do Legislativo brasileiro, bem como perante a função do Judiciário de tutelar direitos fundamentais, tornava-se necessário o reconhecimento a união estável entre pessoas do mesmo sexo, a partir da observância ao artigo 226, § 3º da Constituição Federal de 1988:

Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.¹²

¹² STF – APDF 132/RJ, Voto do Min. Ayres Britto, Data de Julgamento: 5/5/2011.

Seguindo na mesma direção, o STF também utilizou a realidade sócio-político-cultural como fundamento para criminalizar a homotransfobia, o que é plenamente aceitável e, assim como pensando na condição do Supremo Tribunal Federal de responsável pela guarda da Constituição, devendo agir para sanar as inconstitucionalidades, não obstante, existem limites inerentes a esse tipo de "protagonismo" por parte da Plenário.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto, constata a não interferência do Judiciário no âmbito funcional do Legislativo ao passo que o supremo não criou norma penal incriminadora, e sim, adequou a conduta a um preceito normativo que já existia.¹³ Porém, é preciso ter bastante cuidado ao "adequar" conceitos às normas, sob pena de efetivamente poder-se interpretar a atuação como de legislador positivo.

Não há como discordar que o ativismo judicial na Ação direta de inconstitucionalidade por omissão serviu para assegurar direitos fundamentais à comunidade LGBT. Entretanto, pode-se abrir um precedente para que o STF possa, mais uma vez, utilizar-se de conceitos abstratos para atender às finalidades que deseja, fato que constitui grave impasse para a segurança jurídica.

Ao passo que o Supremo Tribunal Federal lança mão do ativismo judicial a partir da abrangência de dispositivos constitucionais para ratificar direitos e garantias básicas a grupos minoritários, pode-se afirmar que tal protagonismo está fora do âmbito da arbitrariedade. A preocupação é na constância desse tipo de atuação, podendo vir a beneficiar, inclusive, vontades unilaterais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle de constitucionalidade em abstrato é, sem dúvidas, um mecanismo de ratificação da ordem constitucional. O resguardo aos preceitos inerentes à Constituição é a fim de proteger, não somente os direitos e garantias fundamentais, mas também o Estado, as instituições e o próprio ordenamento jurídico, tornando-o coeso.

¹³ BRASIL, STF, Mello, voto em plenário, ADO no. 26, 2019.

Assim, o STF, em expressa exigência, julga as ações, as quais são fundamentadas a partir da imperiosidade dos preceitos constitucionais e a validade – formal e material – das normas infraconstitucionais a partir da Lei Maior. Nesse sentido, o ativismo judicial surge a partir da realidade do Poder Judiciário tornando-se protagonista das grandes mudanças no corpo social. Tal perspectiva possui vieses negativos e positivos, uma vez que, ao mesmo tempo que o STF pode assegurar direitos fundamentais, torna-se passível a incidência desordenada no âmbito de competência de outro poder, passando de atuação legislativa negativa para atuação positiva.

Por fim, o julgamento da Ação direta de inconstitucionalidade nº 26, a qual criminaliza a homotransfobia, demonstra que houve sim uma adequação da conduta ao preceito constitucional que disciplina o racismo, o que pode ser perigoso em termos de segurança jurídica. Observa-se que no caso do ativismo judicial que instituiu a união estável para casais homoafetivos não foi necessário adequar esse valor ao dispositivo normativo, ao passo que toda a Constituição já possui o aspecto de igualdade material, podendo fixar o entendimento de que a intenção do Constituinte não foi de delimitar a união estável apenas ao homem e à mulher, e sim, a ausência de previsibilidade.

REFERÊNCIAS

Barroso, Luis Roberto. Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro, 2ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

Barroso, Luis Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25.ed, São Paulo: Malheiros, 2010.
Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Ramos, Elival da Silva. Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

Saramargo Stern, Ana Luiza. " O caso *Marbury vs Madison*: o nascimento do *judicial review* como aspecto político", Revista Direito e Liberdade, v.18, n.3, 2016, Natal/RN, Tribunal de Justiça do RN, p.193-212.

Supremo Tribunal Federal, ADI 1.157, Relator: Celso de Mello, julgado em 01/12/1994, Tribunal Pleno, DJ: 17/11/2006.

Supremo Tribunal Federal, ADI 132/RJ, Relator: Ayres Britto, julgado em 05/05/2011.

Supremo Tribunal Federal, ADO 26/DF, Relator: Celso de Mello, julgado em 12/06/2019.

Supremo Tribunal Federal, ADI 1480/DF, Relator: Celso de Mello, julgado em 26/11/2001.

Valle, Vanice Regina Lírio (org.). *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal: Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

6. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES: UMA ANÁLISE DA NATUREZA DAS CONDENAÇÕES BRASILEIRAS¹

*THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE STRUCTURAL
SENTENCES: AN ANALYSIS OF THE NATURE OF BRAZILIAN CONDEMNATIONS*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-06>

Maria Valentina de Moraes²

Felipe Dalenogare Alves³

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, na linha Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com bolsa PROSUC/CAPES e bolsa CAPES no Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015, Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - CECOCH (Chile). Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2400734786644430>. E-mail: mariavalentina.23@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8298-5645>.

³ Doutor (com bolsa Capes/Prosup – tipo II) e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes – UCAM. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto – FDA. Especialista em Gestão Pública Municipal pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Especialista em Direito Militar pela Faculdade Futura – FFut. Especialista em Educação em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Membro docente do Instituto Brasileiro de Direito – IbiJus, da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano e do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro – IDARJ. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional - instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Drª Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8297366477562121>. E-mail: felipe@estudosdedireito.com.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3352-7901>.

RESUMO

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos na consolidação de uma jurisprudência voltada à não repetição de violações de direitos humanos e modificação dos cenários de violações estruturais existentes vem sendo consolidada ao longo dos últimos anos, por outro lado, as taxas de não cumprimento das decisões vêm aumentando, passando dos 80% de descumprimento. Diante disto, utilizando-se o método de abordagem dedutivo e de o procedimento analítico, questiona-se: qual a natureza jurídica das condenações brasileiras proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos? Inicialmente, serão trazidos aspectos teóricos sobre a Corte de San José, enquanto tribunal do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e suas sentenças estruturantes, para então ser analisada a natureza dos casos sentenciados contra o Brasil, a partir de uma identificação de sentenças simples e estruturantes e seus subgrupos. A partir da análise realizada, é possível concluir que a maioria das condenações brasileiras, cinco delas, possui natureza estruturante, porém é possível verificar também a dificuldade institucional no cumprimento das determinações de caráter simples, em três dos casos sentenciados, demonstrando o longo caminho a ser percorrido pelo país para cumprir com o compromisso internacional de proteção de direitos humanos assumido.

PALAVRAS-CHAVES: Corte Interamericana de Direitos Humanos; condenações brasileiras; controle de convencionalidade; políticas públicas; sentenças estruturantes.

ABSTRACT

The performance of the Inter-American Court of Human Rights in consolidating a case law aimed at non-repetition of human rights violations and modification of existing structural violations scenarios has been consolidated over the last few years, on the other hand, the rates of non-compliance with decisions have been increasing, exceeding 80% of default. In view of this, using the deductive approach method and the analytical procedure, the question arises: what is the legal nature of the Brazilian convictions handed down by the Inter-American Court of Human Rights? Initially, theoretical aspects about the Court of San José will be brought up, as a court of the Inter-American Human Rights System and its structuring sentences, in order to, in a second moment, analyze the nature of the cases in which Brazil was condemned, based on a identification of simple and structuring sentences and their subgroups. From the analysis carried out, it is possible to conclude that the majority of Brazilian convictions, five of them, have a structuring nature, but it is also possible to verify the institutional difficulty in complying with simple determinations, in three of the sentenced cases, demonstrating the long way to go be traversed by the country to comply with the international commitment to protect human rights assumed.

KEYWORDS: Inter-American Court of Human Rights; Brazilian condemnations; conventionality control; public policy; structuring sentences.

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos inaugura a proteção multinível de direitos humanos regionalmente, tendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao longo dos seus 40 anos de atuação, desempenhado um importante papel na consolidação dessa proteção, do estabelecimento de um padrão de proteção, por meio de sua jurisprudência, e de busca pela não repetição das violações cometidas em países da América Latina, por meio de suas sentenças estruturantes.

Com o desenvolvimento do mecanismo de supervisão de cumprimento de sentenças, a Corte de San José busca o reforço do compromisso assumido internacionalmente por estes países, permitindo a visualização dos níveis de cumprimento das decisões e do engajamento de cada Estado na criação de políticas públicas e implementação de medidas de não repetição. Conhecer a natureza dos casos permite o mapeamento das principais deficiências na proteção de direitos humanos em cada país e auxilia na busca de melhores soluções para a otimização do cumprimento das sentenças.

O Brasil, neste cenário, possui oito condenações interamericanas, dentre as quais, de acordo com a aferição realizada pela Corte Interamericana, sete ainda se encontram pendentes de cumprimento total. Frente à importância das determinações de caráter estruturante para a consolidação da proteção de direitos humanos no país e das dificuldades envolvendo o cumprimento total das sentenças evidenciado com os índices de cumprimento, questiona-se: qual a natureza das condenações brasileiras proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos?

Utiliza-se para tanto o método de abordagem dedutivo e de procedimento analítico, partindo-se da identificação inicial de dois principais tipos de condenações interamericanas: (1) simples e (2) estruturantes – e, dentre as últimas, da divisão em quatro naturezas distintas: (2.1) estruturantes legislativas, (2.2) estruturantes com medidas de naturezas diversas relacionadas a cada caso, (2.3) estruturantes voltadas a capacitações e políticas públicas e (2.4) estruturantes complexas⁴. No

⁴ A classificação foi construída, de forma original, a partir da análise de todas as condenações já emitidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerando padrões condenatórios e a

presente artigo apresenta-se, portanto, um recorte específico dos casos brasileiros sentenciados na Corte Interamericana no que toca às medidas dispositivas nelas determinadas.

Assim, serão apresentadas inicialmente considerações sobre o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e a atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos para, então, discutir o caráter estruturante das decisões do órgão, por fim, analisar a natureza de cada uma das sentenças, a partir das determinações dispostas pela Corte de San José. Começaremos pelo reconhecimento de um sistema de proteção multinível de direitos humanos pelo Brasil.

2 A COMPETÊNCIA CONTENCIOSA DA CORTE INTERAMERICANA E AS SENTENÇAS ESTRUTURANTES COMO NOVOS PARADIGMAS

O delineamento do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos marca a proteção regional destes direitos, tendo sua origem na Organização dos Estados Americanos (OEA) e na Carta da OEA a qual, em 1959, por meio do Protocolo de Buenos Aires, dá o ponta pé inicial na estruturação do Sistema com a criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Concebida com a finalidade de realizar levantamentos, estudos e reuniões sobre a observâncias dos direitos humanos nos países latino-americanos⁵, a Comissão torna-se a porta de entrada do SIPDH, uma vez que apenas por ela um indivíduo o acessa⁶, ou seja, “la legitimación activa para someter casos a la Corte, corresponde únicamente a la Comisión y a los Estados Partes”⁷.

Dando sequência ao desenvolvimento da proteção multinível de direitos humanos, é criada e adotada como principal instrumento do Sistema Interamericano

identificação de grupos decisoriais específicos – legislação (2.1), medidas de natureza diversificada (2.2) e capacitações e políticas públicas (2.3), classificando-se como estruturantes complexas aquelas em que mais de um padrão de determinações foi agrupado em uma mesma condenação - e será melhor explorada no capítulo quatro.

⁵ MEDINA QUIROGA, Cecilia; NASH ROJAS, Cláudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Andros Impresores, 2017. p. 95.

⁶ LANDA ARROYO, César. *Convencionalización del Derecho peruano*. Lima: Palestra, 2016. p. 16.

⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000. p. 83.

a Convenção Americana sobre Direitos Humanos no ano de 1969 – passando a vigorar no ano de 1978 –, a qual cria, portanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto órgão jurisdicional do Sistema Interamericano, tem a Corte a finalidade de realizar a interpretação e aplicar tanto a Convenção Americana quanto demais tratados de direitos humanos que compõem o *corpus iuris interamericano*⁸.

Possui a Corte, assim, competência consultiva e contenciosa, podendo emitir opiniões consultivas solicitadas pelos Estados e analisar e condenar em casos levados a sua jurisdição. O Brasil reconhece a jurisdição da Corte no ano de 1998, somente vinte anos depois da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, passando, a partir de então, a submeter-se a sua jurisdição. É importante, nesse sentido, a adesão dos países ao convencionado, garantindo uma proteção multinível de direitos humanos, sendo essencial que os Estados compreendam que a existência de uma ordem jurídica internacional é necessária para garantir essa dupla proteção⁹.

No exercício de suas funções, possui a Corte competência para a realização do controle de convencionalidade, o qual constitui-se como uma forma de controle normativo, paralelo ao controle de constitucionalidade, com este condizente e que é exercido de forma complementar¹⁰¹¹. O define Mazzuoli¹² como “a compatibilização vertical das normas domésticas com os tratados internacionais de direitos humanos (mais benéficos) em vigor no Estado”, constituindo-se como parâmetro para a análise não apenas a o Pacto de San José da Costa Rica, mas todos os tratados internacionais e também a jurisprudência da Corte Interamericana, os quais formam o chamado *corpus iuris interamericano* ou bloco de convencionalidade.

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?”. In: SARLET, I. W.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; POMPEU, G. M.. *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 362.

⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2001. p. 8.

¹⁰ GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, 2014. p. 355.

¹¹ LANDA ARROYO, César. *Convencionalización del Derecho peruano*. Lima: Palestra, 2016. p. 69.

¹² MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 35.

Tal controle é exercido apenas quando as formas de controle de constitucionalidade e convencionalidade – uma vez que este deve ser realizado também nacionalmente – internas falharam, configurando-se a atuação da Corte como a última opção de quem teve um direito humano violado, possuindo, portanto, natureza subsidiária¹³. Há, deste modo, uma obrigação estatal, que perpassa a atuação de todos os entes estatais – Poder Judiciário, órgãos da administração da justiça, Poder Executivo e suas instituições, Poder Legislativo, dentre outros – em realizarem o controle de convencionalidade em nível nacional, estando esses vinculados às sentenças da Corte Interamericana¹⁴.

Ao exercer esta competência contenciosa, tem a Corte Interamericana determinado a violação de direitos humanos contidos na CADH e em demais tratados de direitos humanos e, para além da simples declaração quanto às violações, estabelecido uma jurisprudência sustentada em medidas de não repetição e na busca por uma educação em direitos humanos e respeito ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. Há que se ter presente que a natureza dos casos levados à análise da Corte Interamericana tem demonstrado a existência de padrões sistemáticos de violações de direitos humanos, configurando-se como:

violaciones estructurales de derechos humanos, donde la organización del Estado permite y facilita las violaciones de los derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población (piénsese en la situación de los niños, indígenas, migrantes y las mujeres), concurre además un elemento cultural relevante (invisibilizando la violación e incluso justificándola) y donde la solución requiere de la actuación de diversos actores estatales¹⁵.

Neste contexto, o órgão interamericano, utilizando-se de sentenças também de natureza estruturantes, vem determinando medidas voltadas a violações

¹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XIX, 2013, p. 520.

¹⁴ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica Ltda, 2012. p. 31.

¹⁵ NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2009. p. 37.

estruturais e a deficiências institucionais sistemáticas, buscando corrigir – ou amenizar, considerada a complexidade das violações que são levadas à Corte – falhas estruturais que geraram as violações em cada caso¹⁶. São estruturantes, sob essa perspectiva, decisões jurisdicionais em que “a partir de um litígio que transcende o interesse individual e privado e, portanto, é de interesse público, se busca a reestruturação de determinada organização social ou política pública, com o objetivo de concretizar direitos fundamentais ou interesses socialmente relevantes”¹⁷.

As sentenças estruturantes são, a partir da adoção da ótica interamericana, aquelas que transcendem a mera reparação pecuniária ou a determinação isolada de que seja cessada a violação ou seus efeitos para a vítima. Possuem determinações que envolvem tanto as causas sociais, culturais e institucionais (como as determinações voltadas à educação em direitos humanos para grupos específicos ou criação de políticas públicas) que contribuíram para aquela violação ocorrer quanto determinações relacionadas com as consequências da violação para vítimas indiretas ou possíveis futuras vítimas (como determinações de melhoria de condições de presídios ou de criação de campanhas de conscientização e sensibilização sobre violência de gênero, por exemplo).

Elas são construídas e estão alicerçadas em identificações de vulnerabilidade que marcam os casos da região como, por exemplo, destaca Cançado Trindade¹⁸ quanto “el drama del desplazamiento interno, en seguida de los flujos migratorios forzados y los flujos migratorios mixtos de gran complejidad, y más recientemente el de las víctimas de actividades criminales organizadas [...] de actores no-estatales a nivel transnacional” ou, ainda, relacionados com os conflitos armados internos que marcaram a região latino-americana. Não se trata do desenvolvimento de uma política de violações por parte do Estado, mas sim da permissão, por meio de suas

¹⁶ OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Três ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 95.

¹⁷ FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, 2018, p. 214.

¹⁸ CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018. p. 225.

instituições e estruturas, de violações massivas de direitos humanos¹⁹. Nessa direção, as medidas de não repetição apresentam-se como uma resposta possível para evitar que novas violações de mesma natureza voltem a ocorrer pelas mesmas razões das que fundamentaram os casos sentenciados pela Corte de San José.

Diante da complexidade que se apresenta em casos de violações sistemáticas, as determinações acabam por envolver diferentes organismos estatais, exigindo uma atuação articulada destes para o cumprimento das decisões. Nesse sentido, busca-se analisar como estas medidas vem sendo implementadas pelo Estado brasileiro e se residem nas condenações de caráter estruturante as maiores dificuldades de cumprimento.

3 AS CONDENAÇÕES BRASILEIRAS E SUA NATUREZA: DIFICULDADES DE CUMPRIMENTO

Desde o reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no ano de 1998, o Brasil foi condenado na Corte oito vezes - possuindo atualmente dois casos em julgamento no órgão interamericano ainda não sentenciados: Caso Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e outros e Caso Barbosa de Souza e outros. A responsabilidade internacional brasileira pela violação de direitos humanos foi reconhecida pelas violações ao direito à vida e integridade pessoal de Damião Ximenes Lopes, ocorridas na Casa de Repouso Guararapes, no ano de 2006 (*Caso Ximenes Lopes versus Brasil*), pelas violações à liberdade de associação e privacidade cometidas com a realização de interceptações telefônicas ilegais de membros da COANA e ADECOM, no ano de 2009 (*Caso Escher e outros versus Brasil*) e, também no ano de 2009, pela violação das garantias judiciais na investigação do assassinato de Sétimo Garibaldi, em conflito em um assentamento no Paraná (*Caso Sétimo Garibaldi versus Brasil*).

O ano de 2010 traz mais uma responsabilização internacional para o Brasil. O *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil* aponta as violações de direitos humanos

¹⁹ NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2009. p. 85.

ocorridas no período ditatorial brasileiro, sendo a responsabilidade brasileira pelo desaparecimento forçado de integrantes da Guerrilha do Araguaia sentenciada na Corte, tornando-se este o primeiro caso do Brasil envolvendo o período – que passa a compor o grupo de países latino-americanos com condenações na Corte por fatos decorrentes de suas ditaduras, como El Salvador no caso Massacre de El Mozote e o Uruguai, no Caso Gelman. Seis anos após, em 2016, o primeiro caso sobre escravidão moderna é julgado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo o Brasil condenado no *Caso Fazenda Brasil Verde* pelas violações à vida, integridade e liberdade pessoal, às garantias e proteção judiciais, pela existência de trabalho forçado e servidão por dívidas em seu território.

As falhas e a demora na investigação e sanção de policiais envolvidos em 26 execuções extrajudiciais no Rio de Janeiro levam o Brasil a sua sexta condenação, em 2017, no *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil*, pelas violações dos direitos às garantias judiciais, devida diligência e prazo razoável, à proteção judicial e à integridade pessoal das vítimas, bem como os direitos à circulação e residência destas. No ano seguinte, o reconhecimento das violações dos direitos à propriedade coletiva e integridade pessoal de integrantes do Povo Indígena Xucuru são objeto da condenação no *Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros versus Brasil*, primeira condenação brasileira envolvendo direitos indígenas.

Ainda em 2018, outro caso envolvendo o período ditatorial brasileiro é sentenciado na Corte, tratando o *Caso Herzog e outros versus Brasil* da responsabilidade do Estado quanto a "situação de impunidade em que se encontram a detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog"²⁰. As oito condenações brasileiras referem-se as mais diferentes violações de direitos humanos, sendo essencial que, além de conhecermos cada um dos casos e os contextos de violações – por vezes estruturantes – que lhes originaram, conheçamos também a natureza de cada uma destas sentenças no que tocam às medidas de reparação determinadas pela Corte Interamericana.

Para tanto, propõem-se a classificação das sentenças a partir da identificação

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros versus Brasil: sentença de 15 de março de 2018*. San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em 19 out. 2019. p. 3.

das determinações em cada um dos casos enquanto simples e estruturantes. As primeiras, de natureza simples, envolvem apenas²¹ medidas de natureza pecuniária²² e processual (investigação dos fatos, sancionamento dos responsáveis e andamento processual), enquanto as segundas, de natureza estruturante, como já analisado, envolvem medidas de não repetição e voltadas à resolução de problemas estruturais e violações sistemáticas de direitos humanos.

Dentre as sentenças de natureza estruturantes, é possível a identificação de quatro naturezas distintas: (1) estruturantes legislativas, (2) estruturantes com medidas de naturezas diversas relacionadas a cada caso, (3) estruturantes voltadas a capacitações e políticas públicas e (4) estruturantes complexas. Antes de analisar as sentenças estruturantes nos casos brasileiro, destaca-se que o Brasil possui três sentenças simples: Caso Escher e outros, único caso considerado, a partir da Supervisão de Cumprimento de Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como totalmente cumprido pelo Brasil; o Caso Sétimo Garibaldi, ainda pendente de cumprimento em partes, e o Caso Povo Indígena Xucuru, considerado totalmente pendente de cumprimento.

Esses três casos, que possuem apenas a determinação de medidas pecuniárias e processuais, demonstram a dificuldade de cumprimento total das decisões de caráter estruturante, a medida em que o único caso cumprido integralmente não possui determinações de caráter estruturante²³, contudo, evidenciam também a dificuldade de cumprimento de medidas relacionadas com a investigação dos fatos e sanção dos responsáveis – única determinação pendente de cumprimento no Caso Sétimo Garibaldi²⁴. O Caso Povo Xucuru e seus Membros,

²¹ As determinações de realização de atos internacionais de reconhecimento da responsabilidade nacional sobre os fatos e de publicação de partes da decisão como forma de difusão da responsabilização pelos fatos estão presentes em todas as decisões, não sendo referidas de forma específica por não se relacionarem com um tipo determinado de sentença.

²² Não foram consideradas como medidas pecuniárias as determinações envolvendo pagamento de custas e gastos, presentes na totalidade das decisões, e sim as determinações pecuniárias relacionadas com o pagamento de indenizações às vítimas.

²³ São as determinações do Caso Escher e outros Versus Brasil, além das determinações de publicação da sentença e reintegração dos valores referentes às custas e gastos: "7. El Estado debe pagar a los señores [...] el monto fijado en el párrafo 235 de la presente Sentencia por concepto de daño inmaterial [...]; 9. El Estado debe investigar los hechos que generaron las violaciones del presente caso, en los términos del párrafo 247 de la presente Sentencia" (CORTE IDH, 2009, p. 75).

²⁴ Determinações do Sétimo Garibaldi, além das determinações de publicação da sentença e reintegração dos valores referentes às custas e gastos: "7. El Estado debe conducir eficazmente y

por ser uma das condenações mais recentes, ainda se encontra materialmente²⁵ em aberto.

No que se refere às sentenças estruturantes legislativas, ou seja, aquelas em que, além das disposições de ordem processual e pecuniária (simples) há também alguma determinação de adequação legislativa, que vise a modificação de uma situação violatória, dois são os casos brasileiros dessa natureza: O Caso Fazenda Brasil Verde, no qual determina a Corte Interamericana que o país deve “adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas”²⁶ e o Caso Herzog, que traz a disposição de que o Estado brasileiro “deve adotar as medidas mais idôneas, conforme suas instituições, para que se reconheça, sem exceção, a imprescritibilidade das ações emergentes de crimes contra a humanidade e internacionais, em atenção à presente Sentença e às normas internacionais na matéria”²⁷, apresentam-se como exemplos deste tipo de sentença estruturante.

Como bem observam Magalhães, Soares e Vasconcelos²⁸, a Corte Interamericana não utiliza “uma construção uniforme acerca da obrigação estatal.

dentro de un plazo razonable la Investigación y cualquier proceso que se llegare a abrir, como consecuencia de ésta, para identificar, juzgar y, eventualmente, sancionar a los autores de la muerte del señor Garibaldi. Del mismo modo, el Estado debe investigar y, si es el caso, sancionar las eventuales faltas funcionales en las que podrían haber incurrido los funcionarios públicos a cargo de la Investigación, en los términos de los párrafos 165 a 169 de la presente Sentencia; 8. El Estado debe pagar a [...] los montos fijados en los párrafos 187 y 193 de la presente Sentencia por concepto de daño material e inmaterial [...]” (CORTE IDH, 2009, p. 58).

²⁵ Definiram-se como materialmente pendentes os casos em que apenas as determinações de publicação da sentença e/ou realização de ato de reconhecimento da responsabilidade estatal constam como cumpridos. Dentre as 230 condenações pendentes de cumprimento na Corte Interamericana de Direitos Humanos, 25 delas foram identificadas como materialmente pendentes, estando nesta condição os casos brasileiros Gomes Lund e outros, Favela Nova Brasília e Povo Indígena Xucuru e seus Membros.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil: sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San Jose da Costa Rica, 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019. p. 124.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros versus Brasil: sentença de 15 de março de 2018*. San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em 19 out. 2019. p. 102.

²⁸ MAGALHÃES, B. B.; SOARES, D. R. M.; VASCONCELOS, G. S.. O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Formação de Coalizões Pró-Cumprimento no Brasil e Argentina. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 238.

Ora utiliza a expressão 'modificações legislativas', ora 'qualquer modificação necessária"', estando estas determinações aqui identificadas como "adequação do direito nacional". Quanto ao segundo grupo de sentenças de natureza estruturante, que envolvem determinações estruturantes de diversas naturezas que não legislativas ou relacionadas com capacitações e políticas públicas, observa-se que não foi identificado, dentre os casos brasileiros, sentença enquadrada nessa definição.

O primeiro caso sentenciado na Corte Interamericana, *Ximenes Lopes versus Brasil*, possui uma sentença estruturante identificada como o terceiro subgrupo, das estruturantes voltadas a capacitações e políticas públicas, possuindo, além das medidas processuais e pecuniárias (simples), a determinação de que:

El Estado debe continuar desarrollando un programa de formación y capacitación para el personal médico, psiquiátrico, psicológico, de enfermería, auxiliares de enfermería y para todas aquellas personas vinculadas con la atención de salud mental, en particular, sobre los principios que deben regir el trato de las personas que padecen discapacidades mentales, conforme a los estándares internacionales en la materia y aquellos establecidos en la presente Sentencia²⁹.

O caso, também pendente de cumprimento em parte, teve, segundo a supervisão interamericana, apenas as medidas pecuniárias cumpridas, estando pendentes as medidas processuais – de investigação dos fatos – e a estruturante de desenvolvimento de programa de capacitação vinculado com a atenção em saúde mental. A atuação da Corte Interamericana como indutora de políticas públicas³⁰ torna-se perceptível nestas sentenças estruturantes, visando a determinação da Corte a não repetição de fatos da mesma natureza e a modificação de um cenário de

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil: sentencia de 04 de julio de 2006*. San Jose da Costa Rica, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018. p. 91.

³⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A Corte Interamericana de Derechos Humanos como indutora de políticas públicas: uma análise a partir do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Coletânea do V Seminário Nacional: tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*. 1ed.Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2019, p. 55.

violações institucionais.

Tal característica também se encontra presente no quarto subgrupo de sentenças estruturantes, as identificadas como estruturantes complexas, que congregam determinações simples, legislativas e de capacitação e políticas públicas, dentre outras medidas. Neste sentido os Casos Gomes Lund e outros e Favela Nova Brasília, ambos materialmente pendentes – uma vez que apenas as determinações de publicação da sentença e realização de ato de reconhecimento da responsabilidade foram cumpridas e, parte das medidas pecuniárias no primeiro caso – enquadram-se nesta classificação. As determinações do caso Gomes Lund envolvem capacitações em direitos humanos para as Forças Armadas, adequação do direito nacional em relação ao crime de desaparecimento forçado e quanto aos obstáculos internos para punição dos responsáveis, realização de busca pelos corpos e restos mortais das vítimas, realização de esforços para sistematização das informações sobre os fatos ocorridos, dentre outras medidas.

O Caso Favela Nova Brasília, também complexo, possui determinações no sentido de publicação de relatórios sobre mortes ocorridas em operações policiais em todos os Estados brasileiros e sobre as investigações dos fatos, adoção de políticas públicas e outras medidas para a redução da letalidade e da violência policial no Rio de Janeiro, implementação de curso permanente sobre atenção às vítimas de abuso sexual para as políticas civil e militar e funcionários da saúde, adequação do direito nacional para que as vítimas possam participar formalmente de investigações dos delitos, adoção da expressão “lesão corporal ou homicídio derivado de intervenção policial” em investigações de mortes ocorridas nessa atuação, com a abolição do conceito de oposição ou resistência a atuação policial, dentre outras medidas.

Das oito condenações brasileiras é possível identificar, então, três (3) delas como sentenças de natureza simples e cinco (5) como estruturantes, sendo duas (2) delas de ordem legislativa, uma (1) delas voltada à capacitações e políticas públicas e as outras duas (2) como complexas, como se visualiza no quadro do APÊNDICE 1. Em que pese a única decisão cumprida ser de natureza simples, há uma dificuldade de cumprimento das demais decisões de natureza simples, em especial em relação à investigação dos fatos – determinação pendente em todos os casos em aberto.

As medidas de natureza legislativa também pendentes denotam a dificuldade de introdução dos padrões interamericanos no ordenamento brasileiro, o que se agrava mais ainda em relação as sentenças estruturantes complexas, praticamente totalmente pendentes, sem a sinalização de um esforço estatal para o seu cumprimento. A visualização da natureza das decisões condenatórias brasileiras no Sistema Interamericano demonstra a necessidade de uma articulação interna, até então inexistente, para que seja possível um cumprimento total das sentenças, demonstrando as deficiências na proteção nacional, que levaram às violações em cada caso e, mais do que isso, a dificuldade de uma atuação preventiva do país para que novas violações não voltem a ocorrer.

CONCLUSÃO

A ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil, com posterior reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, garante, ao menos em tese, um aumento na proteção destinada aos direitos humanos no Estado brasileiro. A adoção, por parte da Corte Interamericana, das sentenças estruturantes evidencia a complexidade das violações perpetradas por países latino-americanos e busca a construção de um modelo decisório baseado na atuação preventiva e na não repetição dos fatos.

Conhecer a natureza das decisões condenatórias que o país possui, permite que sejam conhecidas as deficiências institucionais e estruturais em termos de proteção aos direitos humanos no país e, a partir disto, que sejam construídas as melhores soluções para o seu cumprimento. O Brasil possui, neste cenário, a maioria das suas condenações de natureza estruturante, sendo duas delas complexas, uma envolvendo políticas públicas e capacitações e outras duas de ordem legislativa.

Contudo, mesmo em relação as sentenças de natureza simples, não estruturantes, ainda pendentes de cumprimento, é possível verificar a dificuldade institucional no cumprimento das determinações e o longo caminho a ser percorrido em termos de não repetição e correção das violações sistemáticas de direitos humanos que ocorrem no Estado brasileiro. As sentenças estruturantes demandam, assim, uma articulação e organização interna não incorporada no Brasil.

Referências

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. In: ____; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*. Colombia: Unión Gráfica, 2012. p. 17-55.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El acceso directo del individuo a los Tribunales Internacionales de derechos humanos*. Bilbao: Unv. de Deusto, 2001.

CANÇADO TRINTADE, Antônio Augusto. *El ejercicio de la función judicial internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução de 29 de junho de 2005*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/general_29_06_05.pdf. Acesso em: 11 set. 2020. Referência utilizada no apêndice.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San Jose da Costa Rica, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 27 mai. 2019. Referência utilizada no apêndice.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes versus Brasil: sentença de 04 de julho de 2006*. San Jose da Costa Rica, 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Escher e outros v. Brasil: sentença de 06 de julho de 2009 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San Jose da Costa Rica, 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_200_esp1.pdf. Acesso em: 20 mai. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Sétimo Garibaldi versus Brasil: sentença de 23 de setembro de 2009*. San Jose da Costa Rica, 2009. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde versus Brasil: sentença de 20 de outubro de 2016 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)*. San Jose da Costa Rica, 2016. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_por.pdf. Acesso em: 28 nov. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília versus Brasil: sentença de 16 de fevereiro de 2017*(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf. Acesso em: 12 set. 2019. Referência utilizada no apêndice.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herzog e outros versus Brasil: sentença de 15 de março de 2018*. San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf. Acesso em: 19 out. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Povo Indígena Xucuru e seus Membros versus Brasil: sentença de 05 de fevereiro 2018* (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_esp.pdf. Acesso em: 29 mai. 2019. Referência utilizada no apêndice.

FACHIN, Melina Girardi; SCHINEMANN, Caio Cesar Bueno. Decisões estruturantes na jurisdição constitucional brasileira: critérios processuais da tutela jurisdicional de direitos prestacionais. *Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 1, 2018, p. 211-246.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, 2014. p. 329-364.

LANDA ARROYO, César. *Convencionalización del Derecho peruano*. Lima: Palestra, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. "A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: diálogo entre Cortes?". In: SARLET, I. W.; NOGUEIRA ALCALÁ, H.; POMPEU, G. M.. *Direitos Fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 359-378.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; LIMA, Sabrina Santos. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como indutora de políticas públicas: uma análise a partir do Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. In: GAVIÃO FILHO, Anízio Pires; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Coletânea do V Seminário Nacional: tutelas à efetivação de direitos indisponíveis*. Porto Alegre: FMP, 2019, p. 45-58.

MAGALHÃES, B. B.; SOARES, D. R. M.; VASCONCELOS, G. S.. O Cumprimento das Medidas de Reparação de Adequação Legislativa no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a Formação de Coalizões Pró-Cumprimento no Brasil e Argentina. In: MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. *O Cumprimento das Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 231-268.

MAZUOLLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdiccional da convencionalidade das leis*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDINA QUIROGA, Cecilia; NASH ROJAS, Cláudio. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Andros Impresores, 2017.

NASH ROJAS, Claudio. *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988 - 2007)*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, v. XIX, 2013, p. 511-553.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. *Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos*. Montevideo: Ingranusi, 2000.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Três ejemplos de Colômbia. In: BAZÁN, Víctor. *Justicia constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales*. Bogotá: Fundação Konrad Adenauer, 2015. p. 91-116.

APÊNDICE 1

Caso	Data	Determinações da sentença
Ximenes Lopes	jul. 2006	Processuais, pecuniárias, desenvolvimento de um programa de formação e capacitação para pessoal médico, psiquiátrico e vinculado com a atenção em saúde mental sobre o tratamento de pessoas com transtornos mentais, conforme os standards internacionais
Escher e outros	jul. 2009	Pecuniárias e processuais
Sétimo Garibaldi	set. 2009	Processuais e pecuniárias
Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”)	nov. 2010	Processuais, pecuniárias, busca e sistematização das informações sobre a Guerrilha do Araguaia, outras vítimas e violações de direitos humanos ocorridos no período do regime militar, tratamento médico, psicológico e psiquiátrico às vítimas, capacitação e implementação de um curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos nas forças armadas, adequação do direito nacional para tipificação do delito de desaparecimento forçado e adoção de medidas para ajuizamento e sanção dos casos
Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde	out. 2016	Processuais, pecuniárias, adequação do direito nacional quanto à prescrição do crime de escravidão
Favela Nova Brasília	fev. 2017	Processuais, pecuniárias, tratamento médico, psicológico e psiquiátrico às vítimas, publicação anual de um relatório com dados das mortes ocorridas em operações policiais em todos os Estados do país, bem como com dados sobre as investigações decorrentes dessas mortes, encaminhamento das investigações à órgão independente da força pública envolvida, adoção de medidas e políticas para redução da letalidade e da violência no Rio de Janeiro, implementação de um curso permanente e obrigatório sobre atenção a mulheres vítimas de abuso sexual nas polícias civil e militar do Rio de Janeiro e aos funcionários da saúde, adoção de medidas legislativas que permitam que as famílias das vítimas participem de maneira formal da investigação dos delitos, adoção da expressão “lesão corporal ou homicídio derivado de intervenção policial” em investigações de mortes ocorridas nessa atuação, abolindo o conceito de oposição ou resistência a atuação policial
Povo Indígena Xucuru e seus membros	fev. 2018	Processuais (conclusão do processo de saneamento do território indígena), pecuniárias e garantia efetiva do direito de propriedade coletiva.
Herzog e outros	mar. 2018	Processuais, pecuniárias e adequação do direito nacional para garantir a imprescritibilidade dos crimes lesa-humanidade.

Tabela e sistematização dos dados própria.

PARTE VI

LIBERDADES FUNDAMENTAIS E DIREITOS DE PERSONALIDADE

**7. O USO DA ESTERILIZAÇÃO COERCITIVA COMO RESTRIÇÃO AO DIREITO
REPRODUTIVO DE MULHERES INCAPACITADAS PELO USO DE DROGAS: A
(IN)CONSTITUCIONALIDADE DA CONCESSÃO DA MEDIDA PELO PODER JUDICIÁRIO
BRASILEIRO**

*THE USE OF COERCITIVE STERILIZATION AS A RESTRICTION ON THE
REPRODUCTIVE RIGHT OF WOMEN DISABLED BY DRUG USE: THE
(IN)CONSTITUTIONALITY OF THE GRANTING OF THE MEASURE BY THE BRAZILIAN
JUDICIARY*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-07>

Beatriz Andrade Gontijo da Cunha¹

Isadora Machado Pereira²

Resumo

A esterilização coercitiva está sendo utilizada pelo judiciário brasileiro como forma de controle reprodutivo em mulheres incapacitadas pela toxicodependência. Nesse contexto, a justificativa acolhida pelo Poder Público é de que as usuárias de psicotóxicos são moradoras de rua, dependentes químicas e, em consequência disso, são incapacitadas civilmente, dado o estado mental e físico fragilizado. Além do mais, estas mulheres se encontram em situação de tal vulnerabilidade que utilizam da prostituição como financiamento dos psicotóxicos, gerando fetos com desnutrição ou má-formação, que, muitas vezes, são abandonados em casas de acolhimento. Assim, utilizando-se da técnica da proporcionalidade, pretendeu-se observar se a esterilização coercitiva é uma medida necessária e adequada para atingir a tutela pretendida pelo Estado. Por fim, concluiu-se que a utilização da esterilização coercitiva deve ser vista com cautela, não podendo resultar em políticas higienistas. No entanto, seu uso não deve ser descartado em hipóteses de extrema vulnerabilidade, quando verificado ausência de capacidade e presença de risco para os futuros filhos da usuária. Por conseguinte, ainda que se admita a constitucionalidade da medida, sua aplicação deve ser sempre analisada caso a caso. Palavras-chave: Direito reprodutivo, Esterilização coercitiva, toxicodependência.

Abstratc

Coercive sterilization is being used by the Brazilian judiciary as a form of reproductive control in women incapacitated by drug addiction. In this context, the justification

¹ Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia (Pós-Graduada em Advocacia Cível).

² Mestranda em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal de Uberlândia.

accepted by the Public Power is that the users of psychotoxic drugs are homeless, chemically dependent and, as a result, are civilly disabled, given their fragile mental and physical state. Furthermore, these women are in a situation of such vulnerability that they use prostitution as a financing for psychotoxic drugs, generating fetuses with malnutrition or malformation, which are often abandoned in foster homes. Thus, using the proportionality technique, it was intended to observe whether coercive sterilization is a necessary and appropriate measure to achieve the protection sought by the State. Finally, it was concluded that the use of coercive sterilization should be viewed with caution, and cannot result in hygienic policies. However, its use should not be ruled out in cases of extreme vulnerability, when there is a lack of capacity and presence of risk for the user's future children. Therefore, even if the measure's constitutionality is admitted, its application must always be analyzed on a case-by-case basis.

Keywords: Reproductive law, Coercive sterilization, drug addiction

Introdução

Em meados de 2017, o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com uma Ação Civil Pública³ contra o Município de Mococa e Janaína Aparecida Quirino, requerendo a esterilização coercitiva desta por meio de laqueadura tubária. O *parquet* argumentou que Janaína era dependente química, havia sido internada compulsoriamente diversas vezes – sem sucesso – e já era genitora de sete filhos, grávida do oitavo, sendo que cinco deles já haviam frequentado a casa de acolhimento municipal.

Seguidamente, o juiz do caso, Djalma Moreira Gomes Júnior, prolatou sentença julgando procedente o pedido do Ministério Público. Dessa forma, por considerar que a fertilidade representava um risco para a saúde da mulher e de sua prole eventual, ela teve a laqueadura tubária decretada coercitivamente pelo Poder Judiciário. No entanto, ao contrário de inúmeros outros casos que ocorrem em anonimato, o caso de Janaína Aparecida Quirino foi distinto, pois ganhou grande divulgação pela mídia⁴.

O difícil cenário que compreende essa mulher e seus filhos é complexo e gera inúmeros planos de discussão. Nessa pesquisa, procurar-se-á desenvolver os institutos da capacidade e da autonomia privada ao que se refere às pessoas

³ Processo nº100152157.2017.8.26.0360 perante a 2ª Vara Cível da Comarca de Mococa-SP.

⁴ Notícia disponível em: <https://exame.com/brasil/nao-quero-que-isso-aconteca-com-mais-nenhuma-mulher/>. Acesso em 16 de setembro de 2020.

viciadas em tóxicos, além disso, se abordará os direitos reprodutivos dessas usuárias dentro da lei de planejamento familiar. Ao fim, pretende-se elaborar uma análise da questão com base no método da proporcionalidade, ao que poderá concluir se há proporcionalidade na restrição do direito fundamental.

Neste trabalho, foi utilizado a metodologia indutiva em conjunto com o método de pesquisa bibliográfico e de estudo de casos. Não obstante, esclarece-se que o objetivo deste artigo não foi de conduzir a uma decisão definitiva acerca do caso de Janaína Aparecida Quirino, que apenas serviu de base exemplificativa para abordar o tema de uma maneira mais objetiva.

1) Capacidade para Consentir e Interferência Estatal

O art. 10º, § 6º da Lei 9263/ 96, que trata sobre planejamento familiar, dispõe que a esterilização em pessoas incapazes somente poderá ser realizada por meio de autorização judicial, porém não traz nenhuma diretriz que auxilie o juiz a verificar em quais casos isso poderá ocorrer. De modo, que torna-se essencial realizar uma análise acerca da capacidade para que possamos iniciar o debate em questão.

Segundo Sampaio e Menezes⁵, com a promulgação do referido Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD), o instituto da capacidade sofreu severas mudanças. Assim, a deficiência passou a ser vista como o produto da interação entre as limitações naturais da pessoa e as barreiras impostas pela sociedade, cabendo ao Estado mitigar essas barreiras e fornecer subsídios capazes de favorecer o exercício da capacidade e autonomia da pessoa.

No que concerne a autonomia, embora os sujeitos dotados de discernimento reduzido continuem inseridas no capítulo da incapacidade relativa, vetou-se a extensão dos poderes da curatela a aspectos ligados a questões existenciais, como casamento, saúde, sexualidade e corpo, apenas se restringindo a seara patrimonial. Assim, compreende-se que quando disser respeito a seara da personalidade, entende-se que os direitos tutelados nas relações existenciais, são personalíssimos

⁵ SAMPAIO, Carolina Vasques; MENEZES, Joyceane Bezerra de. AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, [S.L.], v. 18, n. 1, p. 133, 21 maio 2018. Centro Universitario de Maringa. p136

e, portanto, devem ser exercidos pelo próprio titular, sem possibilidade de representação⁶.

No que tange a pessoas viciadas em psicotóxicos, embora não se trate de uma patologia congênita, verifica-se que o uso dessas substâncias ocasiona uma *redução* significativa do seu discernimento mental. Seguidamente, muitas mulheres acometidas por esse vício permanecem desamparadas socialmente, sem qualquer assistência do Estado ou algum responsável que cuide delas⁷.

Assim, sem nenhuma perspectiva de vida e nenhum amparo, essas mulheres são levadas a adentrar no mundo da prostituição, que é visto como um meio de sustentar o vício⁸. Nesse sentido, Martins-Costa⁹ ressalta que, ao contrário das profissionais do sexo, as usuárias utilizam da venda de seus corpos com a única finalidade de sustentar seu vício, não estabelecendo vínculo com os clientes e nem mesmo elegendo locais apropriados para a prática. Dessa maneira, os programas são realizados por preços ínfimos e, muitas vezes, tendo de abrir mão de preservativos sobre a promessa de maior remuneração.

Nesse cenário, as inúmeras gestações não planejadas são, na maioria das vezes, frutos da prostituição. Além disso, os bebês gerados nascem prematuros e com más formações em virtude da continuação do consumo das substâncias durante a gravidez¹⁰. Assim, por exemplo, a cocaína, quando utilizada na gravidez, também é capaz de atravessar rapidamente a parede placentária, agindo diretamente no feto, sendo capaz de causar malformações cardíacas, urogenitais e no sistema nervoso central da criança¹¹.

Como se sabe, o Código Civil, classifica como incapazes relativamente os ébrios habituais e os viciados em tóxico. A questão que se coloca é como

⁶ Ibidem. p. 137, p. 144, p. 153.

⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith. MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). Bioética e Responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 320, p. 332.

⁸ PIMENTA, Amélia; RODRIGUES, Marta. Redução de danos: prostituição e toxicodependência. Revista toxicodependências, v. 12, n. 1, 2006. p.50

⁹ MARTINS-COSTA, *Op cit*, p.339

¹⁰ ibidem, 2009, p. 334

¹¹ YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi et al. Drogas de abuso e gravidez. Archives of Clinical Psychiatry, v. 35, n. supl. 1, 2008. p. 45-46

compatibilizar a autonomia resguardada pelo EPD com a vulnerabilidade que essas mulheres se encontram no que diz respeito aos seus direitos reprodutivos. De acordo com Clève¹², a autonomia e dependência dos usuários somente podem ser aferidas caso a caso, por meio de determinação de um médico especialista.

Assim, não é possível estabelecer uma lei geral sobre o assunto que não leve em consideração a capacidade de discernimento do usuário no caso concreto. Como bem salienta o Sarlet¹³, a simples dependência química não pressupõe uma ausência de capacidade, sendo necessário, antes de qualquer eventual medida coercitiva estatal, avaliar, por meio de laudo psiquiátrico, se daquele vício em específico resultaram graves transtornos mentais.

Segundo Martins-Costa¹⁴, por se ater a aspectos da personalidade e da autonomia existencial, a capacidade de consentir deve ser buscada ao máximo antes que o Estado utilize de meios coercitivos. Portanto, ela sugere que, por meio de uma equipe multidisciplinar, se busque chegar ao esclarecimento da gestante acerca de sua situação. No entanto, casos extremos de vulnerabilidade e ausência de discernimento não podem ser desconsiderados em face a todas as possíveis consequências que o mundo das drogas e da prostituição podem trazer não só para a gestante, mas também para os seus futuros filhos.

2) Liberdade Reprodutiva vs Políticas Públicas de Saúde

Na Constituição Brasileira – embora o livre planejamento familiar esteja garantido no art. 226 – não há nenhum dispositivo que trate especificamente sobre esta temática. Portanto, a regulamentação da matéria fica a cargo do Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, produzido no Egito em 1994. Essa normativa, além de tratar exaustivamente da questão, ainda a insere no escopo dos direitos humanos.

¹² CLÉVE, C. M. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 22, n. 5.296, 31 dez. 2017. p. 06

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. O caso da cracolândia de São Paulo e a (in?)dignidade da pessoa humana. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/cracolandia-indignidade-pessoa-humana#author>. Acesso em: 20 ago. 2020.

¹⁴ MARTINS-COSTA, *Op cit*, p.344

Esse relatório, ratificado pelo Brasil, se insere no ordenamento jurídico pátrio uma vez que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição federal diz que os direitos ali expressos não se excluem a adoção de princípios adotados pelo texto magno – ainda que implicitamente – e tratados internacionais dos quais o país seja parte. Nesse sentido “a Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher”, realizada em Pequim, em 1995, também ratificado pelo Brasil, também traz prerrogativas a respeito da liberdade sexual e reprodutiva da mulher.

No que tange aos direitos reprodutivos, o Planejamento Familiar é conceituado pela lei 9263/1996 como sendo conjunto de ações que possibilite a constituição, o aumento ou a limitação dos filhos. No entanto, a própria norma, art. 2º parágrafo único, proíbe a utilização de medidas estatal destinada a intervir no crescimento ou na diminuição demográfica, pois ela entende que esta deve ser uma decisão exclusiva da *família* e não de grupos sociais. O parágrafo único do art 3º da lei 9263/96 trouxe um rol exemplificativo de políticas públicas que trazem a previsão ao atendimento pré-natal, à contracepção, à assistência ao parto, ao controle de doenças sexualmente transmissíveis e à prevenção do câncer de colo de útero. Nesse diapasão, percebe-se que a lei de planejamento familiar tentou trazer algumas políticas públicas de saúde para a legislação ordinária.

No entanto, a lei pecou quando aplicou uma ótica eminentemente prescricional e controladora em muitos outros dispositivos, sem se preocupar com a liberdade de escolha na promoção ao direito reprodutivo e sexual. Dessa maneira, também é possível encontrar na lei 9263/96 sanções penais aos médicos e às próprias mulheres sem que se perceba a presença de um bem jurídico penal, como, por exemplo, o art. 15 da lei que condena a *reclusão* de dois a oito anos, além de multa, o agente que – médico ou cidadão – que realize procedimento de esterilização cirúrgica *voluntária* em desacordo com o prescrito na lei.

De acordo com Farah¹⁵, os riscos reprodutivos são agravados devidos à baixa escolaridade e aos aspectos socioeconômicos, portanto, é papel do planejamento reprodutivo reconhecer preventivamente estes fatores de riscos, devendo estar atentos aos grupos sociais marginalizados. A lei de planejamento familiar, no entanto,

¹⁵ FARAH, Elias. Planejamento Familiar. Revista de Direito de Família e das Sucessões. Vol. 2/2014. Out /Dez de 2014. p. 56

não se estende em apresentar as formas de contraceptivos encontrados no mercado, ou a explorar as formas educativas de apresentá-las a população.

No que se refere a prostituição, por exemplo, segundo Monteiro e Villela¹⁶, o estigma produzido às profissionais do sexo influi não só a segregação dessas mulheres, mas também reduz seu acesso a serviços de saúde, informação e recursos que as permitiram uma melhor qualidade de vida. Assim, em um estudo realizado em 2010, com 2.523 prostitutas em dez cidades brasileiras, metade delas informaram nunca terem comparecido a uma consulta ginecológica, enquanto 40% disseram não terem procurado nenhum serviço de saúde quando apresentaram algum problema de saúde sexual.

No que tange a esterilização coercitiva, conforme já mencionado brevemente no último capítulo, o art. 10, § 6º da Lei 9263/96 condicionou o procedimento a autorização judicial. Conforme aponta Martins-Costa¹⁷, o simples aconselhamento médico ou pedido familiar não capaz de obrigar a gestante a realizar o procedimento, ainda quando trata-se de sujeito incapacitado, sendo o juiz o único legitimado para deferir a medida.

Martins-Costa¹⁸ defende que, antes de recorrer ao judiciário, deve-se buscar o consentimento esclarecido da paciente, entendido como o obtido apenas após uma explicação simplificada e clara sobre todos os procedimentos a serem realizados e suas respectivas consequências para a paciente. A autora, no entanto, considera legítima a intervenção judicial em casos de extrema vulnerabilidade social, sugerindo ao Conselho Federal de Medicina que estipule critérios capazes de auxiliar os juízes na formulação dessas políticas.

Em 2001, o Conselho Nacional de Ética para a Ciência da Vida, em Portugal, na tentativa de regulamentar a esterilização de menores portadores de deficiência mental profunda, editou o Parecer 35/CNECV/01 que estabeleceu critérios de quando poderia ocorrer, ressaltando que essa medida só poderá ocorrer em casos extremos, como último recurso. Nesse sentido, – sem entrar na discussão sobre a legitimidade

¹⁶ VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do hiv/aids entre mulheres. *Epidemiologia e Serviços de Saúde*, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. *FapUNIFESP (SciELO)*. p. 532

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p.302

¹⁸ *ibidem* p. 346

dessa medida para o caso em específico de menores deficientes mentais – acredita-se que os critérios apresentados podendo ser importados para a discussão com o uso da interpretação analógica.

Assim, o parecer estabeleceu que a decisão judicial deveria ser fundamentada em três instrumentos: 1) o relatório médico, que deve demonstrar que a deficiência mental é profunda e irreversível e que nenhuma outra contracepção não-cirúrgica é capaz de prevenir a gravidez. Além disso, esse relatório deve ser subscrito por médicos especializados em psiquiatria, neurologia, ginecologia e pediatria; 2) o relatório de assistente social, que deve demonstrar as condições de apoio médico, social e familiar da paciente e a capacidade de superação dessas adversidades; e, por fim, 3) a declaração dos pais ou outros representantes manifestando a concordância ou discordância da medida.

3) Dignidade da Pessoa Humana e Teoria da Proporcionalidade

Seguindo a tendência do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição Federal de 1988 incorporou, expressamente, ao seu texto, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III) como valor supremo, definindo-o como fundamento da República, e não somente. A dignidade vem atrelada aos direitos fundamentais, embasando-os ou restringindo-os, sendo assim, na visão de Barroso¹⁹, é este o princípio que fundamenta os direitos fundamentais e ao mesmo tempo os controla, sendo então parâmetro, fundamento e critério de ponderação. Dessa forma, o princípio impõe limites à atuação estatal e particular, visando uma ampla proteção do ser humano²⁰, todavia por tal abrangência é um conceito aberto.

Nesse contexto, o que fica claro é que – apesar da dificuldade de definição e emprego de parâmetros para a aplicação – todos os seres humanos – a despeito das diferenças tanto biológicas quanto culturais e econômicas – merecem igual

¹⁹ 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, dezembro de 2010. p. 17

²⁰ SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

respeito. Barroso²¹ argumenta que, apesar disto, o conceito de mínimo existencial é ínsito à ideia de dignidade humana, ou seja, os seres humanos necessitam daquelas provisões básicas para viver dignamente.

Segundo Sarmento²², para serem livres, iguais e capazes de exercer uma cidadania responsável, os indivíduos precisam desses patamares mínimos de bem-estar, sob pena de a autonomia se tornar mera ficção e inexistir a verdadeira dignidade humana. Assim, é importante frisar que nenhum direito humano é absoluto, pois há restrições inerentes a sua aplicação – especialmente se frente a outro direito fundamental. Seguidamente, explana Sarmento que a dignidade é fundamento da autonomia privada, a definindo como “corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida”²³.

Neste diapasão, no caso da esterilização coercitiva, além de ocorrer a interferência Estatal na liberdade reprodutiva da mulher toxicodependente, ainda deve-se analisar a situação da prole já existente e da prole eventual. Sobre tal perspectiva, Moreira afirma que “o direito geral de liberdade, por possuir um âmbito de proteção extremamente amplo, pode entrar em conflito com diversos direitos fundamentais de outras pessoas como o direito à vida ou à segurança”²⁴.

Portanto, para se verificar até onde se pode restringir um direito, a teoria mais utilizada é da proporcionalidade, originário da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão²⁵. O critério da proporcionalidade pode ser dividido em duas vertentes, de um lado, busca a proteção dos direitos fundamentais expressos e implícitos na Constituição Federal, inibindo a arbitrariedade e a discricionariedade dos juízes e de outro, funciona como parâmetro na resolução de conflitos.

Sabe-se que no Brasil, a proporcionalidade não tem previsão expressa, mas existe como norma esparsa no texto constitucional ²⁶, tal concreção da

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *Op cit.* p. 25

²² SARMENTO, Daniel. *Op cit.* 125

²³ *Ibidem.* p. 135

²⁴ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana.* 2015, p.180-181

²⁵ MARTINS, Leonardo. *Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional Brasileiros.* 2019, p.17.

²⁶ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável.* Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 45.

proporcionalidade pode ser visualizada na dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, que ressalva a existência de outros direitos fundamentais, ainda que não expressos na Constituição cidadã, pode-se correlacionar a proporcionalidade com respaldo no princípio da reserva legal (art. 5º, § 2º) e no princípio do devido processo legal substancial²⁷. Nota-se que a proporcionalidade é um meio de racionalizar e embasar certa segurança jurídica.

Assim, o primeiro requisito da proporcionalidade é a adequação, que exige aptidão do meio escolhido para promover um determinado fim. Seguidamente, o segundo elemento é o exame da necessidade do meio escolhido através da comparação entre as outras possibilidades-meios. Posteriormente, se ainda restar dúvida quando a legalidade da limitação ao direito fundamental, se perfaz útil aplicar o requisito da proporcionalidade em sentido estrito²⁸.

Nesse sentido, este último requisito corresponde a ponderação feita com base na intensidade da intervenção no princípio contraposto pelo meio escolhido, de tal forma que haja justificativa ponderável para a restrição do direito. Logo, com o fim de responder a se houve proporcionalidade na restrição do direito reprodutivo da mulher usuária de drogas, se coaduna a análise dos pontos anteriormente explicitados com a explanação específica do caso ilustrado.

4) A Análise da Esterilização como Política Pública

Ao elencar o caso das mulheres incapacitadas pelo uso de drogas e coercitivamente forçadas a esterilização, traz-se à baila a análise da esterilização como medida proporcional para a restrição do direito fundamental a liberdade reprodutiva. Ressalta-se que não pretende o artigo fazer uma análise completa do caso de Janaína Aparecida Quirino – citado na introdução deste texto – mas apenas utilizá-lo como base de análise, pois a técnica da proporcionalidade é aplicada sobre casos concretos e o elencado será um ótimo exemplo do que acontece reiteradas vezes por inúmeras mulheres toxicodependentes pelo país.

²⁷ MOREIRA, Rodrigo Pereira. *Op cit*, p.178.

²⁸ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op cit*. p. 39.

Nessa linha, inicia-se a análise pelo primeiro elemento, a adequação da medida, ou seja, a aptidão da restrição para se alcançar o meio. Dessa forma, o direito restringido é o direito a reprodução, que abrange concepção e contracepção (CEDAW, 2004, art. 2º), no caso, a esterilização forçada foi o meio encontrado para a contracepção.

Tal medida, para o caso concreto exemplificado foi respaldada no fato de que a situação de insegurança da mãe, afetou os filhos e fez surgir a obrigação do Estado de proteger tais indivíduos, sendo cinco dos oito filhos colocados em adoção. Portanto, a omissão da mãe em suprir as necessidades das crianças ensejou a afetação da dignidade e da vulnerabilidade dessa prole, como determina a inteligência do artigo 227 do Estatuto da Criança e do Adolescente²⁹.

Isto, sem falar do fato de que as mulheres toxicodependentes não conseguem ter uma gestação segura já que não suspendem o uso de drogas durante a gestação, o que gera ao feto enormes riscos de deterioração motora e neural³⁰. No entanto, não só a situação do feto é preocupante, mas também as condições em que foi gerado, já que muitas mulheres viciadas em tóxicos são moradoras de ruas e se prostituem para ter condições de comprar drogas estando expostas a violência e doenças sexualmente transmissíveis.

Logo, o desamparo social da gestante ou mesmo das já mães toxicodependentes é ponto fulcral de análise, pois consistem no meio para a tomada de decisões por estas agentes, logo, a deficiência no discernimento provocada pelo uso de drogas é meio e fim para suas atitudes. Dessa forma, apesar de a Carta Magna afirmar que a capacidade jurídica é atributo próprio do sujeito de direitos, esta aptidão jurídica é superafetada na deficiência mental que a droga provoca³¹.

Nessa perspectiva, mulheres viciadas em drogas detém falta de autonomia na tomada de decisões, pois seu vício a tornou incapaz de deliberar e de manter suas escolhas. Portanto, com o fim de proteger eventual prole, a contracepção tornou-se

²⁹ BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266. Acesso em: 9 de setembro de 2020

³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p. 299-346

³¹ *Ibidem*, p.299-346.

uma medida essencial para se cessar a agressão a dignidade dos filhos e ou da prole eventual e necessidade do Estado de prover tais indivíduos. Assim, a contracepção é medida adequada, por mais importante que seja o princípio da autonomia privada, não se pode ignorar os interesses e direitos de terceiros, como por exemplo dos filhos.

Na sequência, o próximo elemento a ser analisado seria a necessidade da medida. Sabe-se que o direito reprodutivo – como acepção do direito fundamental a saúde – deve ser amplamente auferida pelo Estado às populações em situação de vulnerabilidade³². Como forma exemplificativa de acesso as políticas do SUS (Sistema Único de Saúde), o Ministério da Saúde elencou algumas ações dentre elas a ampliação da oferta de métodos anticoncepcionais reversíveis no SUS³³.

Não obstante, apesar dos vários métodos anticoncepcionais que o SUS disponibiliza, há certa dificuldade fática em se controlar o uso de camisinhas ou pílulas anticoncepcionais, considerando a situação das mulheres toxicodependentes. Dessa forma, no exame comparativo de métodos contraceptivos haveria outro que restringiria o direito reprodutivo em menor gradação e que atingiria o fim da contracepção?

Contrariamente, tem-se que a esterilização seria uma grave violação, ao tratado ratificada pelo Brasil, CEDAW (Comitê sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, 2004), que veda, no artigo 12 da Convenção, a esterilização sem consentimento. Outra grave crítica a medida advém ao se pensar não só no caso concreto em si, mas na esterilização como política pública de contracepção aplicada a todas as mulheres toxicodependentes, auferindo uma política eugênica.

Segundo defende Martins-Costa, é preciso averiguar as possibilidades de a paciente “seguir métodos quando alternativos de contracepção, pois a ligadura de

³² PONTELI, Nathalia Nunes; CURTI, Flávia Fernandes Alfaro; SILVA, Lucas Alessandro. POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS REPRODUTIVOS: entre a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação da experiência democrática. 200?, 12p. I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo5/oral/51_politicas_publicas....pdf. Acesso em: 9 de setembro de 2020;

³³ BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde sexual e saúde reprodutiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2010. (Cadernos de Atenção Básica, n. 26) (Série A. Normas e Manuais Técnicos). Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/biblioteca/visualizar/MTIwMg==>. Acesso em 9 de setembro de 2020

trompas é sempre a última medida"³⁴. Como mesmo defende a própria cartilha do governo, a esterilização é concedida pelo SUS, mas é medida última e para tal a decisão passa por uma equipe de aconselhamento (BRASIL, 2010, p. 234)

Dessa maneira, a laqueadura é o único meio que garantiria a contracepção de forma segura ao se levar em conta a irresponsabilidade e falta de tato com a prole, dada a situação das mães. Conclui-se, pois, que houve adequação e necessidade já que o Estado deve prover medidas de proteção ao indivíduo, incluindo proteção contra si mesmo.

Seguindo a análise do último item, a proporcionalidade em sentido estrito, "que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido que fundamenta a adoção da medida restritiva"³⁵. Logo, a interferência do Estado no processo de restrição ao direito reprodutivo é proporcional?

Para responder se perfaz lembrar que o Ministério da Saúde³⁶ defende a utilização da laqueadura como um método definitivo e de difícil reversão, por isso um método último. Para casos de toxicodependentes, a restrição ao direito reprodutivo advém dos motivos anteriormente citados, e após o devido processo legal dos casos pelo judiciário ao sanar o elemento do consentimento em caso de negativa da mulher.

Outrossim, há leis como na Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que veda em seu artigo 12º a indução ou instigação à prática da esterilização cirúrgica. Portanto, a esterilização forçada nestes termos sofreria de ilegalidade para além da lesão a autodeterminação estaria, ainda, os agentes que induziram a esterilização, submetidos a responsabilidade civil e ou criminal. Isto, pois o "planejamento familiar não pode ser imposto pelo Estado nem está sujeito a uma decisão do profissional da saúde, a tanto não indo o paternalismo jurídico"³⁷.

Dessa maneira, torna-se medida de exceção – e não regra – o uso da esterilização como medida de controle do direito reprodutivo de mulheres incapacitadas pelo uso de drogas. Ademais, pode-se concluir que o planejamento é política pública, mas a restrição por esterilização forçada é medida última e por tal

³⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p. 336

³⁵ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. *Op cit* p. 40

³⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Saúde sexual e saúde reprodutiva. Brasília: Ministério da Saúde, 2010, p. 235

³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. *Op cit*, p. 302

fato, não deve ser chamada política pública de esterilização. Conclui-se que, após a denúncia dos fatos, respaldada por um processo que foi devidamente instruído com ampla defesa e ligado pela precisão do caso concreto, o juiz poderia interferir no direito reprodutivo, pois tal medida se mostra proporcional.

Conclusão

Com todo o exposto, fica claro que os limites para a restrição da autonomia privada pela interferência Estatal no caso de mulheres viciadas no uso de drogas não seguem nenhuma norma referente ao *quantum* de restrição, e muito menos sobre que situações pode-se e ou deve-se aplicar a restrição. Na abordagem de mulheres toxicodependentes grávidas e ou mães a falta de capacidade e autonomia restringem a dignidade destas e de seus rebentos colocando-os em situação de alto risco.

Nessa medida, voltam-se os olhos a prole que, se não amparada pela família destas mulheres, é amparada pelo Estado. Todavia, muitas vezes são crianças que já sofreram ou limitações no desenvolvimento provocado pelo uso de drogas e ou fáticas pelas condições de vida. Assim, fala-se em uma restrição a um direito fundamental aplicado a realidade fática do caso, uma vez que não há ponderação de princípios sem uma concretude.

Ademais, é necessário aferir, caso a caso, o limite da capacidade e a extensão da vulnerabilidade dessas mulheres, pois – embora estejam incapacitadas pelo uso das drogas – é possível que ainda exista certa *dose* de autodeterminação capaz de orientá-las no processo decisório. Daí seria interessante realização de perícia médica e, caso verificada a existência de algum nível de capacidade, sob a presença de equipe multidisciplinar, persistir na busca da vontade real da paciente.

Portanto, deve-se ponderar empiricamente a restrição ao direito reprodutivo pela esterilização caso a caso, especialmente, na restrição de direitos de pessoas que tem incapacidades, no qual o Estado detém responsabilidade na proteção do indivíduo, e maior ainda na aplicação de um método contraceptivo definitivo.

Referência Bibliográfica

IV Conferência Mundial Sobre a Mulher. Declaração e Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial Sobre a Mulher, Pequim, 1995.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as políticas de saúde. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 19, p. S465-S469, 2003.

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, dezembro de 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Saúde sexual e saúde reprodutiva.** Brasília: Ministério da Saúde, 2010. (Cadernos de Atenção Básica, n. 26) (Série A. Normas e Manuais Técnicos). Disponível em: <https://aps.saude.gov.br/biblioteca/visualizar/MTlwMg==>. Acesso em 9 de setembro de 2020

CEDAW. **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher.** In: BRASIL. Presidência da República, Secretaria Especial de Políticas para as mulheres. Participação do Brasil na 29ª Sessão do comitê da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Brasília. 2004.

CLÉVE, C. M. Análise constitucional da relação entre saúde pública e internação psiquiátrica compulsória. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 22, n. 5.296, 31 dez. 2017.

Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento. Cairo. 1994.

Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida. Parecer nº 35/CNECV/01. **Laqueação de Trompas em Menores com Deficiência Mental Profunda.** 03 de abril de 2001. Lisboa.

FARAH, Elias. Planejamento Familiar. **Revista de Direito de Família e das Sucessões.** Vol. 2/2014. p. 45 – 68. Out /Dez de 2014

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história.** Lisboa:Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

MARTINS, Leonardo. **Proporcionalidade como critério de controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo direito e jurisdição constitucional Brasileiros.** Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/851>. Acesso em 18 de setembro de 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. Capacidade para consentir e esterilização de mulheres tornadas incapazes pelo uso de drogas: notas para uma aproximação entre a técnica jurídica e a reflexão bioética. In: MARTINS-COSTA, Judith. MOLLER, Letícia Ludwig. (Org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 299-346.

MOREIRA, Rodrigo Pereira. **Direito ao livre desenvolvimento da personalidade: caminhos para a proteção e promoção da pessoa humana**. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/13228/1/DireitoLivreDesenvolvimento.pdf>. Acesso em: 18 de setembro de 2020;

PIMENTA, Amélia; RODRIGUES, Marta. Redução de danos: prostituição e toxicodependência. **Revista toxicodependências**, v. 12, n. 1, p. 49-54, 2006.

PONTELI, Nathalia Nunes; CURTI, Flávia Fernandes Alfaro; SILVA, Lucas Alessandro. **POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS REPRODUTIVOS: entre a efetividade dos direitos fundamentais e a ampliação da experiência democrática**. 2007, 12p. I CONGRESSO INTERNACIONAL DE POLÍTICA SOCIAL E SERVIÇO SOCIAL: DESAFIOS. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo5/oral/51_politicas_publicas....pdf. Acesso em: 9 de setembro de 2020;

RIBEIRO, Mariska. Direitos reprodutivos e políticas descartáveis. **Revista Estudos Feministas**, v. 1, n. 2, p. 400 - 407, 1993.

SAMPAIO, Carolina Vasques; MENEZES, Joyceane Bezerra de. AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OS ATOS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S.L.], v. 18, n. 1, p. 133, 21 maio 2018. Centro Universitario de Maringa.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. _____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. **O caso da cracolândia de São Paulo e a (in?)dignidade da pessoa humana**. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jun-16/cracolandia-indignidade-pessoa-humana#author>. Acesso em: 20 ago. 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Revista dos Tribunais, v. 798. São Paulo, 2002. p. 23-50

VILLELA, Wilza Vieira; MONTEIRO, Simone. Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do hiv/aids entre mulheres. **Epidemiologia e Serviços de Saúde**, [S.L.], v. 24, n. 3, p. 531-540, set. 2015. FapUNIFESP (SciELO).

YAMAGUCHI, Eduardo Tsuyoshi et al. Drogas de abuso e gravidez. **Archives of Clinical Psychiatry**, v. 35, n. supl. 1, p. 44-47, 2008.

8. ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DA EUTANÁSIA SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO-MATRIZ DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO PRINCIPIALISMO BIOÉTICO

ANALYSIS OF THE CONSTITUTIONALITY OF EUTHANASIA FROM THE POINT OF VIEW OF THE PRINCIPLE-MATRIX OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND THE BIOETHICAL PRINCIPIALISM



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-08>

Matteo Ferraz Ungarelli¹

Elda Coelho de Azevedo Bussinguer²

RESUMO

Este trabalho investiga a possibilidade de reconhecimento da eutanásia como uma prática compatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para tal, busca estimular reflexões a respeito do valor de autonomia em detrimento de heteronomia exprimido pelo princípio-matriz da dignidade da pessoa humana; bem como do valor exprimido pelo direito fundamental à vida, entendendo que esse direito não será violado quando ocorrido o procedimento de eutanásia em razão da inevitabilidade de uma morte certa ocasionada por uma doença incurável, em que inexistente possibilidade de tratamento digno ao enfermo. Este artigo analisa ainda, a validade da eutanásia perante a teoria principialista da bioética, proposta por Tom L. Beauchamp e James F. Childress, levando em consideração os quatro princípios morais de *prima facie* dessa teoria: beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça. Objetivando atingir os objetivos descritos, este artigo faz uso da pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Eutanásia. Dignidade da pessoa humana. Teoria principialista da bioética.

¹ Graduando em Direito na Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Membro do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética – Biogepe. Vitória - Espírito Santo – Brasil. E-mail: matteoungarelli2@gmail.com

² Pós-doutoranda em Saúde Coletiva pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Livre-docente pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UniRio). Doutora em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Mestre em Enfermagem pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Coordenadora e professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do Grupo de Estudos, Pesquisa e Extensão em Políticas Públicas, Direito à Saúde e Bioética – Biogepe. Vitória - Espírito Santo – Brasil. E-mail: elda.cab@gmail.com

ABSTRACT

This work investigates the possibility of recognizing euthanasia as a practice compatible with the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. To this end, it seeks to stimulate reflections on the value of autonomy to the detriment of heteronomy expressed by the matrix principle of human dignity; as well as the value expressed by the fundamental right to life, understanding that this right will not be violated when the euthanasia procedure occurs due to the inevitability of a certain death caused by an incurable disease, in which there is no possibility of dignified treatment for the patient. This article also analyzes the validity of euthanasia before the principlist theory of bioethics, proposed by Tom L. Beauchamp and James F. Childress, taking into account the four *prima facie* moral principles of this theory: beneficence, non-maleficence, autonomy and justice. In order to achieve the objectives described, this article makes use of bibliographic and documentary research.

Keywords: Euthanasia. Dignity of the human person. Principlist theory of bioethics.

1 INTRODUÇÃO

A eutanásia é uma prática antiga muito utilizada pelo homem desde seus primórdios, principalmente na forma compulsória, sem o devido respeito à autonomia da vítima, tendo seu conceito modulado com o passar da história.

No contexto sociocultural contemporâneo a eutanásia representa uma técnica que garante ao enfermo, portador de sofrimento extremado, causado por doença incurável e com um prognóstico sem perspectiva de melhoras, a oportunidade de encerrar sua agonizante vida mediante intervenção médica.

No campo da bioética principlista, o princípio norteador da defesa da eutanásia é o da autonomia da vontade, ou seja, a possibilidade concedida ao paciente de decidir seu destino mediante a manifestação de vontade. Diz-se autônomo todo aquele que é capaz de exprimir o consentimento informado. Ao ressaltarmos medidas como o testamento vital, é inevitável o consequente debate que o tema suscita, a respeito da validade de um pedido baseado na autonomia que outrora o paciente possuiu.

Surge então o seguinte questionamento, norteador deste estudo: estaria a eutanásia de acordo com os preceitos da Constituição Federal de 1988, e da teoria principlista da bioética?

Objetivando responder a pergunta exposta, o presente trabalho se compromete em apresentar a concepção de "dignidade da pessoa humana" presente no ordenamento pátrio; de igual modo, analisar a eutanásia sob o prisma da teoria principialista da bioética;

2 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS SOBRE A EUTANÁSIA

A eutanásia é uma atividade ancestral. Ela apresenta total relação com o desenvolvimento da história humana, não sendo um mero debate moderno.

A prática desenvolvida entre algumas tribos antigas e grupos selvagens que ainda se conserva, que impõe como obrigação sagrada ao filho administrar a "morte branca" ao pai velho e doente, é uma das mais categóricas provas de que a eutanásia tem remota origem [...] Nos tempos de Hipócrates, os médicos eram procurados pelos clientes, fartos de viver, para terem alívio pela morte, que um tóxico lhes facultaria [...] Na Índia antiga, os doentes incuráveis eram atirados ao rio Ganges, depois de receberem na boca e nas narinas um pouco de lama sagrada.³

A cidade-estado grega localizada na península do Peloponeso, às margens do rio Eurotas, comumente conhecida como Esparta, possuía uma rígida estrutura social, regida por um Estado extremamente militarizado. Nesse sentido, a obediência à autoridade somada com a aptidão física representa a base da pirâmide do sistema educacional espartano. O objetivo dessa Pólis seria formar soldados, logo, crianças portadoras de debilidades físicas, doenças ou fraquezas eram sacrificadas no nascimento.⁴ A situação exposta se trata de uma medida eutanástica eugênica, visto que em decorrência de uma questão natural, uma vida humana considerada carente de aptidões para servir a nação e de dignidade para conviver em sociedade era ceifada.

³ SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. Revista dos Tribunais RT-706, 1994, p. 283, 284.

⁴ VICENTINO, Cláudio. História Geral. 10.ed. São Paulo: Scipione, 2007, p.68.

Como já dito alhures, a história da eutanásia caminha ao lado do desenvolvimento humano. Apesar dos diversos casos de eutanásia compulsória institucionalizados nas sociedades da antiguidade oriental, antiguidade clássica e idade média, foi durante a vigência do Terceiro Reich, em plena idade contemporânea, que, possivelmente, a experiência mais brutal e maléfica de eutanásia compulsória legitimada pelo Estado foi implantada.

No Brasil, o sacrifício de bebês indígenas deficientes é um tema complexo e pertinente, envolvendo questões como a liberdade religiosa, o direito à vida e a vinculação, ou não, dos princípios e regras estabelecidos pelo ordenamento pátrio à pessoas completamente alheias à realidade social e costumes em que a grande maioria dos brasileiros estão inseridos. O sacrifício das indefesas vítimas indígenas representa uma medida eutanástica, pois encontra seu fundamento em dogmas religiosos que condenam anomalias incuráveis, considerando essas crianças indignas, privando-as do convívio social, bem como da própria vida.

Objetivando evitar possíveis imbróglis que o tema possa vir a causar, é fundamental discorrer a respeito das definições de: ortotanásia, distanásia e eutanásia.

A ortotanásia configura uma morte como consequência natural da falta de cuidado médico; o paciente opta por não se submeter a um tratamento paliativo, permitindo que a repercussão de sua doença incurável encerre sua vida. Em muitas situações, um enfermo terá a concepção de que os procedimentos clínicos serão torturantes e inúteis diante do seu respectivo diagnóstico, preferindo evitar tais práticas. A ortotanásia surge como uma ideia de morte humanizada.

O professor emérito de Ética Clínica da Universidade da Pensilvânia e assessor da Organização Panamericana da Saúde (OPAS), James Drane, é um ferrenho opositor à prática da eutanásia e militante da ortotanásia e dos cuidados paliativos. Na perspectiva de Drane⁵ a ortotanásia representa a valorização da morte humanitária; a função do médico não é matar o paciente, mas evitar seu sofrimento. Com a legalização da eutanásia, as pessoas de baixa renda e parte da população feminina serão os prováveis "candidatos" ao procedimento.

⁵ DRANE, James. Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética [estrangeiros]. OSELKA, Gabriel (org.). São Paulo: Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo, 2009, p. 100, 104.

Em contrapartida, a distanásia, também conhecida como obstinação terapêutica e futilidade médica, se traduz na ação completamente oposta à ortotanásia, em que um paciente é sujeitado aos mais diversos meios de intervenções e tratamentos medicamentosos para prolongar ao máximo uma vida acarretada por uma doença grave sem perspectiva de alcançar uma cura. Devemos nos questionar até que ponto se deve prolongar o processo do morrer quando não há mais esperança de reversão do quadro: manter a pessoa "morta-viva" interessa a quem?⁶

Todavia, é necessário ressaltar que não se pode estabelecer um pensamento maniqueísta tratando, unicamente, a ortotanásia como sendo um ato natural e humano, enquanto a distanásia como uma medida insidiosa e cruel. Mediante a distanásia, o enfermo terá a oportunidade de, talvez, viver o suficiente a ponto de a medicina conceber uma cura ou um tratamento mais digno para sua doença; situação essa, que a ortotanásia, e principalmente a eutanásia, impossibilitam.

Atualmente, entende-se o termo eutanásia como uma morte piedosa, sendo a autonomia da vontade do paciente o fator determinante para a realização do procedimento de encerramento de uma vida acometida por uma doença incurável, causadora de sofrimentos insuportáveis. Etimologicamente, significa, grosso modo, "morte boa".

Aliás, este vocabulário, em seu sentido etimológico, encerra, sinteticamente, o significado do fenômeno que abrange. Tem origem no grego, assim eu(bem) e thanatos(morte). Traduz, pois, com simplicidade, a morte boa, a morte calma, a morte sem transe dolorosos.⁷

A eutanásia pode existir tanto em sua modalidade ativa, quanto passiva. Por eutanásia ativa compreende-se o encerramento direto da vida, mediante uma ação comissiva, como a aplicação de injeção letal; a eutanásia passiva, por sua vez, transmite uma ideia de "deixar morrer", geralmente ela acontece por intermédio do desligamento dos aparelhos hospitalares. Sendo que, ambas as modalidades

⁶ PESSINI L. Distanásia: até quando investir sem agredir. *Bioética* 1996;4:31-43, p. 31.

⁷ SOUSA, Deusdedith. Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia. *Revista dos Tribunais* RT-706, 1994, p. 283.

apresentadas de eutanásia podem ser classificadas em voluntária (aquela que representa fruto da deliberação individual, informada e esclarecida de cada indivíduo) ou involuntária (quando a pessoa não se pronunciou e não existem meios para conhecer sua opinião, ou quando ela não desejava a eutanásia).⁸

Contudo, não há de se confundir as técnicas da eutanásia passiva com a ortotanásia, visto que na primeira o objetivo é abreviar forçadamente a vida do enfermo, enquanto que na segunda, a vida é reconhecida como possuidora de um percurso natural, e que um tratamento médico seria torturante e desnecessário para o paciente, o objetivo aqui não é encerrar a vida, mas sim aceitar a morte.

Tanto a eutanásia passiva quanto a ativa são dotadas da mesma eficiência, ambas são capazes de produzir o resultado desejado: a morte, porém, é fato incontroverso que a eutanásia ativa é uma medida mais eficaz.

A Suprema Corte Norte Americana do estado de Nova Jersey, de mesmo modo a corte suprema inglesa, permitiram, em julgamentos de casos atípicos e altamente noticiados pelos veículos de comunicação, a realização da eutanásia passiva, mediante a ordem de desligamento dos aparelhos respiratórios de enfermos em situações degradantes e sem perspectiva de melhoras; à título de exemplo, cabe salientar o caso Karen Ann Quinlan:

Karen Quinlan ingressou em 1975, aos 22 anos de idade, no pronto socorro do Newton Memorial Hospital de New Jersey, EUA, em estado de coma, que posteriormente se mostrou irreversível. Seus pais adotivos pediram ao médico responsável que desligasse os aparelhos, o que lhes foi negado, e resultou em uma batalha judicial vencida quase um ano depois com uma decisão da Suprema Corte de New Jersey autorizando o desligamento dos aparelhos. Apesar disso, a paciente sobreviveu mesmo sem o respirador artificial por mais 9 anos em estado vegetativo.⁹

De igual maneira, o caso de Anthony Bland ilustra-se de importante

⁸ DINIZ, Debora, Quando a morte é um ato de cuidado. SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (org.); Nos limites da vida; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 298, 299.

⁹ FERRAZ, O. L. (2001). Eutanásia e homicídio – matar e deixar morrer: uma distinção moralmente válida?. Revista De Direito Sanitário, 2(2), p. 111, 112. Disponível em: <108-114. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i2p108-114>>; acessado em: 10 de outubro de 2019.

observação. O caso engloba o jovem Anthony Bland, de 21 anos, que teve seus pulmões esmagados na catástrofe ocorrida no estádio de futebol Hillsborough, em 1989, na cidade inglesa de Sheffield, o que suprimiu o envio de oxigênio para seu cérebro. Em decorrência do fatídico episódio, Anthony Bland se encontrara em estado vegetativo persistente (*Persistent Vegetative State* - PVS).¹⁰

Tendo, o primeiro, sido julgado pela suprema corte de Nova Jersey, enquanto o segundo pela Suprema Corte da Inglaterra. Ocorre que ambos os pacientes, em decorrência de infortúnios, se encontravam em um estado que os incapacitavam de exprimirem seus consentimentos informados, estavam incomunicáveis, seus respectivos tutores, diante da situação, acionaram o Poder Judiciário local requerendo o encerramento dos inúteis tratamentos.

Tanto a Suprema Corte inglesa, quanto a norte americana, permitiu a interrupção dos tratamentos. Após a remoção dos aparelhos, Anthony se manteve vivo por alguns dias, enquanto Karen se manteve viva por anos. Caso a eutanásia ativa tivesse sido utilizada em detrimento da passiva, Anthony e Karen faleceriam de imediato, evitando excepcionais sofrimentos que a modalidade passiva não conseguiu neutralizar. A eutanásia ativa, por ser uma intervenção comissiva direta, representa a forma mais eficaz de obter o resultado morte, evitando a extensão do ciclo vital do enfermo, bem como garantindo dignidade ao final da vida. Deve ser superada a superstição presente na sociedade que considera a eutanásia passiva como moralmente superior à ativa.

3 A EUTANÁSIA COMO POSSIBILIDADE JURÍDICA

Diversos Estados democráticos de direito englobaram a morte com dignidade aos seus ordenamentos, legitimando a prática mediante legislação expressa ou interpretação legal realizada pela instância judicial máxima. No Brasil, a eutanásia é punível pelo crime de homicídio, tendo o agente direito a redução da pena por motivo

¹⁰ FERRAZ, O. L. (2001). Eutanásia e homicídio – matar e deixar morrer: uma distinção moralmente válida?. Revista De Direito Sanitário, 2(2), p. 112. Disponível em: <108-114. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i2p108-114>>; acessado em: 10 de outubro de 2019.

de relevante valor moral, conforme o artigo 121, parágrafo 1º, do Código Penal; o suicídio assistido por sua vez, é crime conforme o artigo 122 do mesmo código.¹¹

José Afonso da Silva¹² defende que nem mesmo o consentimento lúcido do enfermo exclui o caráter ilícito da eutanásia em nosso Direito. Isso porque, apesar de tratada como uma espécie de homicídio piedoso, a eutanásia estaria, implicitamente, vedada pelo direito à vida consagrado na Constituição.

O Código de Ética Médica veta a prática da eutanásia, como exposto em seu capítulo quinto ("RELAÇÃO COM PACIENTES E FAMILIARES"), artigo 41: "É vedado ao médico: [...] Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal".¹³

Por outro lado, com suporte na resolução de número 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina (CFM), a ortotanásia corresponde uma medida lícita no Brasil.

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.¹⁴

Perante a dificuldade de diálogo entre o profissional da saúde com seus pacientes terminais, tanto quanto, pela prolixa receptividade por parte dos médicos em geral, e, tendo como base códigos de ética médica estrangeiros, o Conselho Federal de Medicina publicou a resolução de número 1.995/2012. Essa resolução versa, bem como regula e determina limites, sobre o direito dos pacientes estabelecerem, quando ainda mentalmente lúcidos, testamentos vitais.

¹¹ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

¹² SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores / Juspodivm, 2014, p. 204.

¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931/2009. Brasília: CFM; 2009, p. 19.

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.805/2006. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acessado em: 10 de outubro de 2019.

Por meio de tais testamentos, o enfermo pode definir diretivas antecipadas sobre o rumo de seus cuidados e tratamentos médicos, que deverão ser respeitadas, caso o mesmo se encontre em um estado que impossibilite a manifestação de sua vontade. Todavia, em observância ao parágrafo segundo da resolução em pauta, diretivas antecipadas de vontade que ferem o Código de Ética Médica, não serão consideradas pelo médico responsável, portanto, um testamento vital exigindo a eutanásia se faz irrelevante.

No que tange aos familiares, a resolução 1.995/2012 do CFM estabelece, em seu parágrafo 3º, a superioridade do testamento vital em detrimento dos almejos da parentela; em regra, a vontade do paciente deve prevalecer. Pode também o enfermo, designar em seu testamento, um parente que terá a responsabilidade de tomar as decisões a respeito de seus cuidados e tratamentos médicos. "§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares".¹⁵

A vigência da resolução em pauta fomentou o debate acerca de sua constitucionalidade. Entretanto, estamos diante de um decurso do próprio direito à vida, em sua sagrada complexidade, vez que, na perspectiva do paciente, a morte representa uma realidade adjacente. O direito à morte no tempo certo e as diretivas antecipadas de vontade não ferem, de forma alguma, o texto constitucional. Em muitas ocasiões, o direito à vida será violado quando consumada a morte, entretanto, diante de pacientes portadores de insuportável sofrimento, decorrente de doenças incuráveis, a morte já se instaurou como tal, representando um mero desdobramento natural da vida, o quadro desses enfermos não poderá ser revertido. Pelo fato da vida ser um direito fundamental, a decisão sobre a manutenção do tratamento médico representa uma decorrência do exercício pleno do direito à vida/morte, devendo ter eficácia plena e aplicabilidade imediata nos termos do artigo 5º, §1º do Texto Maior.¹⁶

Eutanásia significa falecer de maneira digna. Os defensores da constitucionalidade da prática no Brasil encontram fundamento no princípio da

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1.995/2012. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acessado em: 15 de outubro de 2019.

¹⁶ BUSSINGUER, E. C. A.; BARCELLOS, I. A. O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade. *Ciência & Saúde Coletiva*. 2013; 18(9):2691-8, p. 2696.

dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III¹⁷), sendo esse um núcleo essencial dos demais direitos fundamentais. Todavia, tal justificativa apenas é válida, quando consideramos a dignidade da pessoa humana como um valor que transmite autonomia, em detrimento do conceito de dignidade da pessoa humana como heteronomia.

A dignidade como autonomia representa a visão dos mais relevantes documentos que tratam de direitos humanos do século XX, de mesma maneira transmite o posicionamento de diversas constituições do pós-guerra.¹⁸ Para Barroso¹⁹ a dignidade humana como autonomia detém quatro características principais: a capacidade de autodeterminação; as condições para o exercício da autodeterminação; a universalidade; e a inerência da dignidade ao ser humano.

Capacidade de autodeterminação representa o direito de o indivíduo fazer escolhas moralmente relevantes, assumindo responsabilidades e arcando com as consequências diretas de tais escolhas. Decisões que não possuem a capacidade de lesar direitos de terceiros não podem ser privadas dos cidadãos. Entretanto, para que a plena garantia do conceito exposto possa existir, deve haver condições para o exercício da autodeterminação, assim sendo, mínimas condições econômicas, educacionais e psicológicas enraizadas no tecido social. Universalidade e inerência da dignidade ao ser humano representam, como os próprios nomes sugerem, que a dignidade da pessoa humana é universal e intrínseca aos humanos, independente de qualquer característica sociocultural.

Existe também o entendimento doutrinário da dignidade da pessoa humana como heteronomia, em que o Estado, objetivando supostamente a garantia do bem estar social e de demais direitos fundamentais, freia as liberdades individuais da população. É com base na dignidade como heteronomia que o Conselho de Estado francês vedou a prática do “arremesso de anões” (*lancer de nain*). O “espetáculo” foi

¹⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. RDE – Revista de Direito do Estado; 2009, p. 261/272.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. RDE – Revista de Direito do Estado; 2009, p. 261/272.

proibido mesmo existindo o respectivo consenso da participação dos astros principais, os anões.

Barroso²⁰ defende que a dignidade como heteronomia suscita os seguintes defeitos: utiliza o termo como rótulo fundamentador de políticas paternalistas, jurídico-moralistas e perfeccionistas; gera o enfraquecimento dos direitos fundamentais; reduz a força jurídico-política da locução “dignidade humana”; a definição de valores compartilhados pela comunidade política será travancada por problemas práticos e institucionais.

Dados os fatos aqui apresentados, conclui-se que a Constituição Federal de 1988, compactua majoritariamente com o conceito de dignidade da pessoa humana como autonomia, isso porque a nossa carta magna representa a derrocada do modelo ditatorial intervencionista, sua origem ilustra uma conquista obtida como resultado de luta contra o totalitarismo na busca por garantias individuais e sociais.

Trazendo o debate para o âmbito do sistema jurídico brasileiro, não parece possível adotar, de forma excludente, um ou outro viés da dignidade humana. Mas, tendo como ponto de partida a Constituição, afigura-se fora de dúvida o predomínio da ideia de dignidade como autonomia.²¹

Portanto, partindo do pressuposto de que a Constituição Federal de 1988 entende o princípio-matriz da dignidade da pessoa humana como autonomia, se faz razoável auferir que a eutanásia e o testamento vital estão em plena harmonia com o texto constitucional. Estamos diante de situações de doenças incuráveis, com pacientes em estado terminal, sem desrespeito algum a direitos fundamentais de terceiros. A autonomia que esses enfermos possuem/possuíam deve ser respeitada, independente de fatores externos como a opinião dos familiares e os julgamentos da sociedade. Países como Bélgica, Holanda e Suíça entendem o direito a morte com dignidade como uma realidade, o ordenamento brasileiro apresenta embasamento legal suficiente para, de tal maneira, reconhecê-lo. A eutanásia é uma possibilidade

²⁰ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. RDE – Revista de Direito do Estado; 2009, p. 261/272.

²¹ BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. RDE – Revista de Direito do Estado; 2009, p. 262.

jurídica válida, tutelada pela dignidade da pessoa humana, direito à liberdade e o direito à vida.

4 A EUTANÁSIA COMO UMA POSSIBILIDADE BIOÉTICA PRINCIPIALISTA

Diante de preocupações populares com os diversos escândalos divulgados na mídia envolvendo pesquisas científicas com cobaias humanas, o Congresso estadunidense, em 1974, estabelece a "Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Biomédica e Comportamental" (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). Essa Comissão deu luz ao relatório de Belmont (*Belmont Report*), que estabeleceu princípios éticos norteadores para pesquisas envolvendo seres humanos, sendo eles: autonomia, beneficência e justiça.

Tom L. Beauchamp e James F. Childress, em 1979, publicam sua obra "Princípios de Ética Biomédica" (*Principles of Biomedical Ethics*), expandindo os princípios inicialmente apresentados no relatório de Belmont e os aplicando na área clínico-assistencial. Surge assim, a teoria principialista da bioética, sendo entendida como uma das mais relevantes teorias que tratam do tema bioética na contemporaneidade, representando a teoria base do presente trabalho.

A teoria principialista reafirma os princípios da autonomia da vontade e justiça, originalmente apresentados no relatório de Belmont, e divide o princípio da beneficência em beneficência e não-maleficência.

Assim, recomendava-se aos profissionais de saúde ou pesquisadores que durante as suas práticas respeitassem a liberdade particular de cada indivíduo decidir sobre os aspectos de sua condição de vida (autonomia); que não fosse realizado qualquer tipo de intervenção que prejudicasse os indivíduos, abstendo-se das práticas nocivas (não maleficência); que procurassem sempre agir no sentido de fazer o bem (beneficência); que desenvolvessem suas práticas sem discriminação, agindo de modo justo (justiça).²²

²² GARRAFA, Volnei, MARTORELL, Leandro Brambilla, NASCIMENTO, Wanderson Flor do. Críticas ao principialismo em bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul. Revista Saúde Soc. São Paulo, v.25, n.2, p.442-451, 2016, p. 444.

O princípio da beneficência pode ser compreendido como ações que objetivam beneficiar o próximo, a medicina busca fazer o bem, garantir o bem estar social, esse é o dever dos profissionais da saúde.

Tendo como influência a ética médica hipocrática, por não-maleficência se entende que o profissional da saúde não está autorizado a causar dano propositalmente e desnecessariamente ao paciente, o médico deve evitar a todo custo causar um mal descabido.

Justiça, por sua vez, representa a saúde como um direito dos homens. A assistência médica e os serviços de saúde devem ser distributivos, difundidos em toda sociedade igualmente. Transmite a ideia de equidade.

A autonomia como princípio garante ao indivíduo, mentalmente sã, a liberdade de se autogovernar, decidir os rumos de questões moralmente relevantes e pessoais, mediante a transmissão do "consentimento informado". Cidadãos incompetentes não podem ser considerados autônomos de maneira plena, entretanto, a depender do caso, será adequada a expressão autonomia reduzida, ou até mesmo, incerta. Esses enfermos, não autônomos ou apenas parcialmente/incertamente, não são capazes de expor o consentimento informado, necessitando da chamada "decisão substitutiva", sendo essa uma escolha feita por um decisor substituto (podendo ser o responsável legal, parente, médico, entre outros) que decidirá tendo em vista os interesses fundamentais do paciente.

Beauchamp e Childress²³ definem que o respeito a um agente autônomo caracteriza seu direito de poder agir baseado em crenças e valores pessoais, confeccionando assim, o direito de possuir opinião. O respeito à autonomia se configura quando tratamos as pessoas de forma a capacitá-las a agirem autonomamente, ao passo que, o desrespeito a tal princípio se ilustra em atitudes e ações que ignoram, insultam ou degradam a autonomia dos outros. O desrespeito à autonomia impede o estabelecimento de uma igualdade mínima entre os indivíduos. Os princípios observados simbolizam deveres de "*prima facie*", exprimindo obrigações que devem ser cumpridas, sendo passíveis de relativizações caso entrem em conflito entre si, por meio da ponderação, de forma que sejam estabelecidos

²³ BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. Princípios de Ética Biomédica. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002, p. 49, 142, 143.

juízos a respeito do respectivo peso dos princípios conflitantes em determinado caso concreto.

Desta forma, à título de exemplo, pela lógica do principialismo bioético, um médico está vedado de realizar um procedimento estético que prejudique significativamente a saúde do paciente, mesmo o paciente sendo um sujeito autônomo e consentindo o procedimento cirúrgico.

Tendo como base os princípios da não-maleficência e da autonomia, é admissível descrever a eutanásia como uma possibilidade bioética principialista válida. A manutenção de um tratamento fútil que não irá agregar positivamente na recuperação do paciente nada tem a ver com beneficência, entrando em total divergência com o valor transmitido pela ideia de não-maleficência, visto que os procedimentos médicos irão causar ao enfermo um sofrimento literalmente inútil; cabe salientar que a eutanásia abrange casos de doenças incuráveis com pacientes em estado terminal inexistindo a possibilidade de melhoras, não há que se falar em eutanásia para pacientes relativamente saudáveis. O sujeito autônomo ao decidir que deseja encerrar seu sofrimento, contemporiza a autonomia em seu estado mais puro, sua liberdade de escolha deve ser respeitada.

No entanto, imaginemos a seguinte situação hipotética e plenamente plausível: uma pessoa registra em seu testamento vital o desejo de ser submetido ao procedimento eutanásico caso determinada desgraça lhe acometa, de forma que sequestre sua sanidade mental como consequência; caso de fato, tal indivíduo perca sua capacidade de se exprimir o consentimento motivado, o pedido de eutanásia feito em tempos passados pelo paciente, deve ser atendido no presente? Peter Singer entende que sim. Segundo Singer²⁴ as preferências das pessoas devem ser respeitadas. Cada cidadão autônomo tem a capacidade de estabelecer o que seria uma vida sem dignidade para si próprio.

Desconsiderar a eutanásia pré-requisitada é uma aleivosia contra o princípio da autonomia e uma afronta ao juízo de valor do paciente. Cada indivíduo carrega em si um universo de sentimentos; apenas pela aparência, ou seja, uma questão superficial, um médico não é capaz de decifrar os reais interesses, se é que exista

²⁴ SINGER, Peter. Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética [estrangeiros]. OSELKA, Gabriel (org.) São Paulo: Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo. 2009, p. 141, 142.

interesse qualquer, de um enfermo que perdeu a autonomia. O paciente do passado é mais capacitado para se autojulgar que o médico, ou algum familiar, do presente.

Um médico ao realizar a eutanásia em pacientes que não mais possuem o poder de manifestar o consentimento informado, mas que expressaram seu desejo de morrer via testamento vital, não estará violando princípio algum da teoria proposta por Beauchamp e Childress, de tal maneira, não haverá nessa situação, colisão de princípios. A autonomia da vontade encontra seu limite quando com base nela, algum outro princípio é desrespeitado de forma desproporcional e injustificável, tudo dependerá do caso concreto e do resultado da ponderação dos princípios em confronto, todavia, um sujeito deixa de ser autônomo quando não mais pode gozar de suas faculdades mentais.

CONCLUSÃO

A eutanásia é uma atividade histórica que há muito tempo acompanha os passos da evolução humana. Alguns países ocidentais contemporâneos adotam a morte com dignidade como um direito individual de seus cidadãos. Defender a constitucionalidade da eutanásia no ordenamento pátrio não constitui uma atitude mentecapta.

De acordo com o contexto sociopolítico em que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, levando também em consideração os mais relevantes documentos internacionais que tratam dos direitos humanos, é possível entender o princípio-matriz da dignidade da pessoa humana como um valor que exala, principalmente, a ideia de autonomia. Isso porque, a atual carta magna surge em um momento delicado da história nacional, um momento pós-ditatorial, um período de redemocratização, sendo o grande objetivo da Constituição Cidadã conferir ao povo direitos fundamentais que os protejam de abusos nas relações particular-Estado.

Em situações envolvendo pacientes terminais, a morte faz parte da própria dinâmica da vida. O direito a morte nessas situações faz parte do próprio direito fundamental à vida.

Logo, pelo direito fundamental à vida/morte, bem como, o conceito de dignidade da pessoa humana como autonomia, podemos entender a eutanásia como uma medida compatível com a Constituição Federal de 1988.

No campo do principialismo bioético, mediante a teoria de Beauchamp e Childress, a eutanásia, inclusive em sua modalidade pré-requisitada, representa uma possibilidade bioética válida, sustentável pelos princípios da não-maleficência e autonomia da vontade, não existindo conflito entre princípios.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto, MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida**. RDE – Revista de Direito do Estado; 2009, p. 235/274.

BEAUCHAMP, Tom L; CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Trad. Luciana Pudenzi. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 de outubro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 de outubro de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 10 de outubro de 2019.

BUSSINGUER, E. C. A; BARCELLOS, I. A. **O direito de viver a própria morte e sua constitucionalidade**. Ciência & Saúde Coletiva. 2013; 18(9):2691-8.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica: Resolução CFM nº 1.931/2009**. Brasília: CFM; 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.805/2006**. Brasília: CFM, 2006. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acessado em: 10 de outubro de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n. 1.995/2012**. Brasília: CFM, 2012. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2012/1995_2012.pdf>. Acessado em: 15 de outubro de 2019.

DINIZ, Debora, **Quando a morte é um ato de cuidado**. SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (org.); Nos limites da vida; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DRANE, James. **Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética [estrangeiros]**. OSELKA, Gabriel (org.). São Paulo: Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo, 2009.

FERRAZ, O. L. (2001). **Eutanásia e homicídio – matar e deixar morrer: uma distinção moralmente válida?**. Revista De Direito Sanitário, 2(2), disponível em: <108-114. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v2i2p108-114>>; acessado em: 10 de outubro de 2019.

GARRAFA, Volnei, MARTORELL, Leandro Brambilla, NASCIMENTO, Wanderson Flor do. **Críticas ao princípalismo em bioética: perspectivas desde o norte e desde o sul**. Revista Saúde Soc. São Paulo, v.25, n.2, p.442-451, 2016.

PESSINI L. **Distanásia: até quando investir sem agredir**. Bioética 1996;4:31-43.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores / Juspodivm, 2014.

SINGER, Peter. **Entrevistas exclusivas com grandes nomes da bioética [estrangeiros]**. OSELKA, Gabriel (org.) São Paulo: Conselho Regional de Medicina do estado de São Paulo. 2009.

SOUSA, Deusdedith. **Eutanásia, Ortotanásia e Distanásia** . Revista dos Tribunais RT-706, 1994.

VICENTINO, Cláudio. **História Geral**. 10.ed. São Paulo: Scipione, 2007.

9. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A INTEGRIDADE PSICOFÍSICA DO ADOLESCENTE EM PROCESSO DE HORMONIOTERAPIA

*THE RIGHTS OF PERSONALITY AND THE PSYCHOPHYSICAL INTEGRITY OF
ADOLESCENTS IN THE PROCESS OF HORMONIOTHERAPY*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-09>

Ana Paola de Castro e Lins¹

Joyceane Bezerra de Menezes²

Resumo

O critério etário é utilizado de forma substancial pela legislação brasileira para determinar a capacidade de exercício relativamente aos atos da vida civil e a faculdade de decidir, de modo indiferenciado, sobre assuntos de natureza patrimonial e existencial. A depender da capacidade cognitiva, a despeito da plena capacidade civil, toda pessoa tem o direito de participar das escolhas que impactam na estruturação de seu projeto de vida. Analisam-se as fronteiras da autonomia do adolescente quanto aos atos de disposição do próprio corpo e a sua tensão com a heteronomia dos pais e do Estado na definição do que seja o seu melhor interesse. Parte-se da premissa de que a proteção integral da personalidade dos filhos só se faz possível sob os cuidados de uma autoridade parental funcionalizada a uma educação emancipatória. A metodologia adotada para a elaboração deste ensaio acadêmico se caracteriza como bibliográfica, quanto às fontes; qualitativa, quanto à abordagem do problema; e descritiva e exploratória, quanto aos objetivos. Conclui-se que a negativa da hormonioterapia em adolescentes trans ocasiona uma lesão aos direitos da personalidade, na medida em que isso afeta o seu melhor interesse, sobretudo na seara existencial.

Palavras-chave: Capacidade civil. Autonomia existencial. Hormonioterapia. Melhor

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestra em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho (2013). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2010). Membro do Grupo de Pesquisa Direito Constitucional nas Relações Privadas da Universidade de Fortaleza. Pesquisadora na área de Direito Civil-Constitucional e Direitos da Personalidade. Integrante do Grupo de Pesquisa Cnpq - Direito Constitucional nas Relações Privadas. Agente de Proteção Voluntária do Juizado da Infância e da Juventude do Poder Judiciário do Estado do Ceará.

² Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004). Mestrado em Direito Constitucional (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1995). Graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (1990), Pós-Doutorado em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2014). Exerce o magistério superior como professora titular da Universidade de Fortaleza, integrando o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, responsável pelas disciplinas de Direito de Personalidade e Direito dos Danos. É professora adjunto, nível 4, da Universidade Federal do Ceará - Faculdade de Direito (Departamento de Direito Privado), ministrando as disciplinas de Direito de Família e Direito das Sucessões. Desenvolve projetos de pesquisa e publicações na área de Direito Civil, com ênfase na análise de questões existenciais correlacionadas à pessoa com deficiência, à tutela da personalidade e à família. Experiência na área de Direito Civil. Editora da Pensar, Revista de Ciências Jurídicas (ISSN - impresso: 1519-8464; ISSN - eletrônico: 2317-2150). Advogada. joyceane@unifor.br

interesse da criança e do adolescente.

Abstract

The age criterion is used substantially by Brazilian legislation to determine the capacity to exercise in relation to acts of civil life and the ability to decide, in an undifferentiated manner, on matters of patrimonial and existential nature. Depending on cognitive ability, despite full civil capacity, everyone has the right to participate in the choices that impact the structuring of their life project. The boundaries of the adolescent's autonomy regarding the acts of disposition of their own body and their tension with the heteronomy of parents and the State in the definition of what is their best interest are analyzed. It starts from the premise that the integral protection of the children's personality is only possible under the care of a functionalized parental authority to an emancipatory education. The methodology adopted for the elaboration of this academic essay is characterized as bibliographic, regarding the sources; qualitative approach to the problem; and descriptive and exploratory, regarding the objectives. It is concluded that the denial of hormone therapy in trans adolescents causes an injury to personality rights, as it affects their best interest, especially in the existential field.

Keywords: Civil capacity. Existential autonomy. Hormone therapy. Best interests of children and adolescents.

1 Introdução

Tradicionalmente, aplica-se o critério etário como um dos elementos determinantes da capacidade civil, pela qual fica condicionada a prática de atos de natureza patrimonial e existencial, de forma indistinta. Entende-se, no entanto, que a capacidade cognitiva do adolescente não está vinculada à idade, de forma que decisões que impactem na seara existencial merecem considerar a sua participação, de maneira livre e consciente.

Considerando a liberdade da pessoa para tomar decisões (e a responsabilidade pelas consequências de suas escolhas), quais seriam os limites da disposição sobre o próprio corpo que atenderiam à preservação da dignidade da pessoa humana?

Aborda-se no presente estudo a possibilidade de decisão do adolescente transexual quanto à hormonioterapia. Parte-se da premissa de que somente o principal interessado poderá decidir por esse tipo de intervenção. A partir daí, traçam-se as seguintes perguntas norteadoras: Teria o adolescente o direito de decidir sobre

o que seria o seu superior interesse em matéria existencial, no tocante à disposição do próprio corpo? Poderia, nesta fase da vida, realizar escolhas impactantes sobre o corpo, à revelia da vontade dos pais ou mesmo em contraste com a determinação estatal? Quando sua autonomia confrontar com a heteronomia dos pais e/ou do Estado, quais princípios constitucionais estariam em confronto e quais as premissas para solucionar o conflito?

Embora a solução não seja possível em termos abstratos, pretende-se oferecer parâmetros para conduzir a solução da tensão entre os interesses envolvidos.

Regra geral, as leis creditam aos pais o direito de decidir sobre o melhor interesse do adolescente. Mas adotando a premissa já lançada de que o adolescente também é uma pessoa que titulariza a dignidade e a liberdade, é de se considerar seu componente volitivo quanto a certas decisões.

O trabalho é de natureza teórica e foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica, que levantou publicações científicas, nacionais e internacionais. Com abordagem multidisciplinar, o levantamento bibliográfico contou com pesquisa em obras nas áreas do Direito, da Antropologia e da Psicanálise. Na elaboração da pesquisa seguiu-se uma abordagem de natureza qualitativa, descritiva e exploratória, no que toca aos objetivos; bibliográfica quanto ao tipo; pura, quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica.

A título de resultados, conclui-se que, a depender do caráter de inadiabilidade da intervenção corpórea, o melhor interesse do adolescente será alcançado se e quando as convicções pessoais dos pais cederem lugar às dos filhos. Sob a premissa o princípio do superior interesse, não há como se justificar uma oposição parental nos casos em que o juízo crítico do adolescente busca a realização da sua personalidade.

2 Os direitos da personalidade e a integridade psicofísica

São denominados direitos da personalidade os atinentes à tutela da pessoa

humana, assim apreciados como essenciais à sua dignidade e integridade.³ Os direitos da personalidade passaram a ser reconhecidos como representação, no âmbito privado, dos direitos humanos, figurando como um direito geral à abstenção, em proveito do seu titular, de forma que os demais sujeitos teriam o dever de não afrontar os elementos jurídicos integrantes da sua personalidade. Muito embora alguns direitos não estejam previstos expressamente no texto constitucional ou no Código Civil, defende-se que é possível extrair da Constituição um "direito geral da personalidade", que poderia ser invocado nas relações privadas para coibir atos violadores de outros elementos jurídicos componentes da personalidade humana.⁴

Dada a sua importância para a realização da pessoa, sustenta-se que a personalidade humana é um valor jurídico relevante, apto a justificar a tutela do sujeito em todos os aspectos da sua existência, ainda que não haja uma previsão normativa específica. Trata-se de um interesse jurídico albergado pela cláusula geral de tutela que se sustenta na dignidade da pessoa humana, em cujo cerne estão os corolários da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade.⁵

Dessa forma, entende-se que os direitos da personalidade não se esgotam naquilo que está pontualmente descrito na legislação infraconstitucional, uma vez que há uma tutela integral que deriva dos princípios constitucionais. O conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, consagrado pelo artigo 5º, § 2º, da Constituição, é uma autêntica norma geral inclusiva, que encerra tanto a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos materialmente fundamentais não escritos, bem como de direitos fundamentais constantes em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais, de forma que não exclui outros direitos que sejam decorrentes dos princípios constitucionalmente adotados.⁶ Na medida em que pertinem aos aspectos da existência e expressão humana, os direitos fundamentais são também havidos, portanto, como direitos de personalidade.

³ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 23-58. 2004, p. 24.

⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 99.

⁵ MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana*. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 127.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 86.

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, os direitos de personalidade elencados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002 são tão somente de natureza complementar à cláusula geral de proteção integral à pessoa, que se encontra esculpida no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Seriam, pois, “meros exemplos de proteção à personalidade”, dispostos em um rol não taxativo.⁷

A personalidade é um valor (o valor fundamental do ordenamento) que está na base de uma série aberta de situações existenciais, de forma que não existe uma lista fechada de direitos especiais. É essa elasticidade da norma aberta que vai proporcionar a proteção fundada no interesse à existência e no livre exercício da vida. Por esta razão, o juiz não pode negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da existência que não tenha uma previsão específica.⁸

Somente será possível promover os direitos da personalidade mediante uma atividade hermenêutica tendente a assegurar a liberdade como a potência para uma construção individual de todos os aspectos da vida de uma pessoa conforme os imperativos constitucionais da dignidade humana.⁹

A integridade psicofísica é um componente indivisível da própria estrutura humana, de forma que a tutela desse direito se traduz na proteção da pessoa no seu todo. Ainda que a norma se atenha apenas ao termo integridade física em alguns momentos, entende-se que a integridade psíquica também é merecedora de proteção, pois são inseparáveis.¹⁰ Dessa forma e como se verá adiante, é insuficiente a interpretação literal do artigo 13 da codificação civil, o qual menciona tão somente a integridade física, desconsiderando a dimensão psíquica da pessoa.

3 A autonomia da pessoa e a autonomia corporal

Destaca-se a referência à autonomia privada como poder de autodeterminação do indivíduo, tanto no que se refere ao âmbito patrimonial, como

⁷ TEIXEIRA Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 56-57.

⁸ PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 156.

⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamís Dalsenter. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. 2009. 161f. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 99.

¹⁰ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 159.

no que toca as decisões relativas aos aspectos existenciais. Importa analisá-la em sua perspectiva existencial, que confere a toda pessoa o poder de decidir sobre a sua própria vida, efetivando a sua dignidade.

Sarmiento destaca que a autonomia tem como fundamento a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si. Por isso, a pessoa deve ter liberdade para guiar-se conforme suas escolhas, sob a condição de que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade. Cumpre reconhecer que "cabe a cada pessoa, e não ao Estado ou a qualquer outra instituição pública ou privada, o poder de decidir os rumos de sua própria vida, desde que isso não implique lesão a direitos alheios."¹¹

Justamente pelo viés da manifestação da liberdade, que a autonomia privada é considerada um dos meios de realização da dignidade da pessoa humana no que toca às situações existenciais, "como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade."¹²

De acordo com Miracy Gustin, a autonomia se revela como uma necessidade humana essencial, e não apenas como um interesse ou um desejo. Essa necessidade se volta à emancipação da pessoa e contribui para o desenvolvimento da humanidade.¹³

Compreendida como a capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao próprio corpo, a autonomia corporal é espécie do gênero autonomia existencial. Constitui o espaço de atuação concreta da liberdade, que é expressa principalmente na esfera de seu titular.¹⁴

A autonomia corporal surge no ordenamento brasileiro como um direito de personalidade, resultado da congregação entre saúde e liberdade. Como forma de expressão do estilo de vida do seu titular e o modo de identidade social, o corpo

¹¹ SARMENTO, Daniel, *op. cit.*, 2010, p. 154.

¹² MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 74.

¹³ GUSTIN, Miracy, Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaio de sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 19.

¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. Disponível em: http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acesso em: 21 out. 2016. 2014, p. 796.

tornou-se um "território" propício para manifestações volitivas.¹⁵ Os limites do corpo são constantemente redefinidos, com funções físicas e sociais ganhando novos espaços, considerando sempre a inseparabilidade de corpo e mente como um amplo direito à saúde.

Por isso, os atos de disposição do próprio corpo podem ser funcionais não só no que tange à conservação da integridade física, mas também quanto à realização de outros valores da pessoa.¹⁶ Logo, é possível concluir pela validade dos atos que impactam na integridade física, desde que atendam a uma opção livre e consciente do sujeito, como expressão da sua autonomia corporal, e desde que não impacte nos direitos de terceiros.

Dessa forma, compreende-se que o corpo tem a tutela alargada, passando a figurar no direito privado de forma completamente diferente, já que, de uma banda, protege-se um corpo que não poderá ser maculado por terceiros e, por outro lado, passa a ser protegido até mesmo das investidas lesivas de seu titular.¹⁷

O legislador civilista de 2002 elege a integridade psicofísica como interesse merecedor de tutela, consagrando o corpo como direito da personalidade, em um rol não taxativo de hipóteses tuteláveis.¹⁸ Assim, a despeito da previsão expressa de alguns direitos específicos, é possível sustentar que, no Brasil, os direitos de personalidade são todos aqueles que se dispõem à proteção de qualquer aspecto da manifestação de personalidade humana.

No Código Civil brasileiro, a tutela do corpo é prevista no artigo 13, segundo o qual somente são permitidos os atos de disposição do próprio corpo que não causem diminuição permanente da integridade física e não violem os bons costumes, exceto em situações justificadas por exigência médica.

Como utiliza expressões de conteúdo indeterminado, tais como "diminuição permanente da integridade física" e "bons costumes", pode-se dizer que a redação

¹⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 01.

¹⁶ CICCIO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civillistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, jul.-dez./2013, p. 6.

¹⁷ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter, *op. cit.*, 2009, p. 78.

¹⁸ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de CASTRO, *op. cit.*, 2014.

do artigo é aberta, o que implica a necessidade de compreendê-lo de acordo com os ditames constitucionais que decorrem da dignidade da pessoa humana.¹⁹

Considerando, então, a pessoa posta na centralidade do ordenamento e a tutela da personalidade desenhada no sentido de promover a dignidade da pessoa humana, faz-se necessária uma flexibilização da indisponibilidade do corpo humano prevista na codificação civil, para que os limites sejam redefinidos, de sorte a preservar o melhor interesse do adolescente em cada situação individual.

Observa-se que o Estado adotou uma postura paternalista, na medida em que desconsidera o livre desenvolvimento da personalidade do sujeito para protegê-lo de si mesmo e se afasta da perspectiva personalista da Constituição, motivo pelo qual se requer uma reinterpretação dos institutos do Código Civil à luz dos princípios constitucionais da liberdade, da igualdade, da integridade e da solidariedade, que são os substratos da dignidade da pessoa humana e constituem, portanto, as fronteiras da autonomia corporal.²⁰

Uma interpretação sistemática do ordenamento que, por óbvio, considera os valores constitucionais, exclui o caráter assertivo e negativista do art. 13, pois, considerando a autodeterminação como a própria dignidade quando se trata da pessoa em concreto, é de se respeitar as suas decisões, ainda quando impactantes sobre o próprio corpo.

Atenta-se para a necessidade de verificação, em cada caso específico, de como possibilitar a concretude do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. Diversas situações demonstram a imperiosa elasticidade da autonomia, com o objetivo de proteger e de preservar o desenvolvimento emancipatório da personalidade.

O próprio princípio do melhor interesse induz a que os pais ouçam o adolescente e considerem a sua opinião e vontade, haja vista que também devem promover o desenvolvimento de sua personalidade. Nessa promoção, devem instigar a decisão consciente e responsável, de forma a sustentar a personalidade do adolescente com a correspondente limitação da heteronomia parental.

¹⁹ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017, p. 212.

²⁰ MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de CASTRO, *op. cit.*, 2014.

A participação dos pais nesse processo redesignatório do sexo é no sentido de oferecer aos filhos o suporte psicológico necessário, tendo em vista o dever de cuidado que visa à sua paulatina emancipação.²¹

Em relação ao adolescente, há ainda que se considerar a interferência do Estado no tocante à autoridade parental como mais um exemplo do paternalismo jurídico. Mesmo que a finalidade seja a proteção de pessoa vulnerável, o fato de o Estado tomar para si a responsabilidade de dizer o que seria o melhor interesse do adolescente, sobrepondo-se, até mesmo, à vontade dos pais, merece ser analisado, para que a intervenção estatal seja a mínima possível, já que os pais têm o poder-dever de educar e decidir sobre a vida dos filhos menores.²² Opta-se por um Estado que possibilite a realização dos planos de vida dos seus representados, por lhes reconhecer liberdade e autonomia.²³

A proposta de Sêco na análise das decisões na casuística é de que se observe, em cada decisão, o caráter de reversibilidade e de adiabilidade. Considera-se que os atos e as decisões caracterizadas como irreversíveis têm um “custo” maior, logo, importante que haja maior precaução quanto a eles, porque, provavelmente, serão personalíssimos, seja para exaltar a autonomia da criança e do adolescente, seja para fixar um marco etário para seu exercício, autorizando, apenas excepcionalmente, a heteronomia parental.²⁴

No caso de irreversibilidade, pondera-se pelo adiamento da decisão, até que haja maior maturidade. Já diante da inadiabilidade, fica pressuposta a necessidade da prática imediata. Decisões irreversíveis e adiáveis são, assim, postergadas, enquanto as reversíveis e inadiáveis são postas em prática imediatamente. A medida reversível e adiável seria, pois, livremente tomada, enquanto a irreversível e inadiável

²¹ LINS, Ana Paola de Castro e; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A hormonioterapia em adolescente diagnosticado com disforia de gênero como reflexo do direito ao desenvolvimento da personalidade. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-hormonioterapia-em-adolescente/>. Acesso em: 05 mar. 2019. p. 27.

²² MENEZES; Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016., p. 07.

²³ VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter, *op. cit.*, 2017, p. 26.

²⁴ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*. Capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. 196 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 161.

exigiria, além da presença de equipe multiprofissional, o amplo conhecimento das peculiaridades do caso concreto.²⁵

No caso de uma decisão irreversível e adiável, é mais prudente que se aguarde até que o adolescente atinja a maioridade e decida por si só. Em uma perspectiva reversível e inadiável, ao contrário, propõe-se o enfretamento da matéria, para não prejudicar os aspectos existenciais do adolescente. É justamente o caso do tratamento hormonal para adolescentes transexuais.

Conclusão

Ante o posicionamento da pessoa como centro de todo o sistema jurídico, induz-se que os direitos de personalidade sejam resguardados. Independentemente da idade, a personalidade humana merece ser protegida, o que significa dizer que crianças e adolescentes são igualmente titulares desses direitos, cujo exercício deve ser assegurado, mesmo quando em oposição aos pais ou responsáveis.

A personalidade é um atributo do sujeito *in concreto*, de sorte que a titularidade dos direitos existenciais e a correspondente capacidade para o seu exercício são inseparáveis. Na verdade, o regime das incapacidades não deve se sobrepor aos direitos fundamentais de personalidade.

Nesse sentido, não se pode descuidar do direito que tem a pessoa, mesmo quando em condição especial de desenvolvimento biopsicossocial, de construir sua personalidade, bem como de exercer seus direitos existenciais, de forma a expandir sua biografia a partir das próprias escolhas. Para que esse protagonismo seja assegurado, necessário que preservar, na maior medida possível, as decisões autônomas do adolescente.

Apesar de não existir uma uniformidade ou uma definição rígida do princípio do melhor interesse, é pacífico, por outro lado, que atendê-lo é conseguir conduzir à máxima realização dos direitos fundamentais do adolescente, o que reforça a necessidade de uma interpretação elástica, no intuito de salvaguardar o interesse do

²⁵ SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%Aaco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019. 2014, p. 19-20.

adolescente no caso concreto, após o exame das circunstâncias que permeiam a decisão.

Por fim, a heteronomia dos pais, em um contexto de exercício do cuidado emancipatório – que protege para libertar, não se justifica em todos os casos, sob pena de um verdadeiro desvio funcional da autoridade parental.

De igual modo, não se justificará a heteronomia estatal imposta de maneira abstrata pelo legislador, que pode vir a limitar as possibilidades de escolha do adolescente até mesmo quando protegido pelo crivo paterno/materno.

A hormonoterapia objetiva impedir o desenvolvimento dos caracteres sexuais secundários para bloquear a puberdade hormonal própria do sexo biológico, mediante acompanhamento por uma equipe multidisciplinar. Ainda que reversível, é uma decisão inadiável, uma vez que só surtirá o efeito desejado caso seja iniciada em determinada faixa etária, antes que ocorra o desenvolvimento dos caracteres sexuais.

Conclui-se que ganha relevo a autonomia do adolescente, ainda que essa decisão implique desbancar os protocolos diagnósticos universalizantes, próprios de um regime heterocentrado.

Referências

CICCO, Maria Cristina de. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a.2, n.2, jul.-dez./2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *Das necessidades humanas aos direitos*: ensaio de sociologia e filosofia do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LINS, Ana Paola de Castro e; MENEZES, Joyceane Bezerra de. A hormonioterapia em adolescente diagnosticado com disforia de gênero como reflexo do direito ao desenvolvimento da personalidade. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017. Disponível em: <http://civilistica.com/a-hormonioterapia-em-adolescente/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; MULTEDO, Renata Vilela. A autonomia ético-existencial do adolescente nas decisões sobre o próprio corpo e a heteronomia dos pais e do Estado no Brasil. *A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 187-210, jan./mar. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin; CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. Autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. *Pensar – Revista de Ciências Jurídicas*, Fortaleza, v. 19, n. 3, p. 779-818, set./dez. 2014. Disponível em: http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/3433/pdf_1. Acesso em: 21 out. 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. Por uma nova hermenêutica do direito da criança e do adolescente. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/02/S%C3%Aaco-civilistica.com-a.3.n.2.2014.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2019.

SÊCO, Thaís Fernanda Tenório. *A autonomia da criança e do adolescente e suas fronteiras*. Capacidade, família e direitos da personalidade. 2013. 196 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 23-58.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

VIVEIROS DE CASTRO, Thamis Dalsenter. *Corpo e autonomia: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro*. 2009. 161f. Dissertação de Mestrado. Departamento de Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

10. O RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA LEI, DA FAMÍLIA E DA SOCIEDADE

THE VOLUNTARY RECOGNITION OF THE FILIATION SOCIO-AFFECTIVE AND ITS IMPLICATIONS INTO LAW, FAMILY AND SOCIETY



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-10>

Jefferson Lopes Custódio¹

Erineuda do Amaral Soares²

Resumo

A sociedade vem constantemente sofrendo transformações e uma delas, sentida fortemente nos últimos anos, refere-se ao conceito moderno de família, especialmente no aspecto da paternidade voluntária, construída no sentimento socioafetivo que igualmente merece proteção estatal, tal como a filiação biológica. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem o escopo de analisar o instituto do reconhecimento voluntário da filiação socioafetiva e seus impactos verificados no âmbito do grupo familiar, na lei e na sociedade. Na ocasião, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, utilizando-se de obras, normas jurídicas e acessos a sítios da justiça. Pretende-se chegar a resultados que apontem para um novo paradigma de sociedade plural, que passou a considerar cada vez mais a questão afetiva e sentimental no reconhecimento do parentesco familiar, evoluindo para a aceitação do liame socioafetivo como alternativa para a constituição de família. Assim, conclui-se que os usos e costumes da população são dinâmicos e as normas que disciplinam as relações individuais, ou entre estes e o Estado, são estáticas, por isso necessitam de adequação e aprimoramentos com o novo conceito normativo de família, de maneira a favorecer a paternidade socioafetiva, prestigiar a dignidade da pessoa humana, o direito de personalidade e fortalecer a base da sociedade.

Palavras-chave: Filiação. Socioafetiva. Lei. Família. Sociedade.

Abstract

Many changes have occurred in Society and one of them, perceived strongly in the past few years, refers to the modern concept of family, especially in voluntary paternity aspect, developed in socio-affective sentiment, which equally deserves state protection, as well as biological parentage. In this perspective, the present paper aims to analyze the voluntary recognition of socio-affective paternity and its

¹ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política - Universidade de Fortaleza. Pós-Graduado em Direito Civil e Penal pela Sociedade Educacional da Vinci – UNIASSELVIPÓS. E-mail: jeff_lopes_c@yahoo.com.br.

² Doutoranda em Educação pelo Programa de Pós Graduação em Educação da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Mestra em Gestão Educacional (UNISINOS). E-mail: erineudasoes6@gmail.com.

implications into law, family and society. Then, this study was elaborated through a bibliographic research, with a qualitative approach, using books, legal norms and access in justice electronic sites. It is intended to obtain results that point to a new paradigm of plural society, which increasingly is considering the affective and sentimental issue for the family kinship recognition, evolving towards socio-affective affiliation acceptance as an alternative for family constitution. Therefore, concludes that usages and customs of population are dynamic and rules that discipline individual relations, or between them and the State, are static, thus they need adaptation and improvements in accordance with the new normative family concept, which really promote the socio-affective paternity, that values human dignity and personality right and, hence, strengthen the base of society.

Keywords: Filiation. Socio-affective. Law. Family. Society.

1 INTRODUÇÃO

A família é uma instituição que representa o núcleo societário e cujo conceito vem sofrendo avanço de acordo com a evolução da humanidade. E, neste universo, a filiação é um importante direito fundamental de personalidade, vez que a procriação estabelece vínculos de parentescos que garantem a multiplicação de grupos familiares no seio da sociedade. À propósito, Venosa adverte que a filiação assume natureza de fato jurídico a partir do qual decorrem diversos efeitos³.

Com efeito, a contemporaneidade introduziu uma visão de família e o direito à paternidade foi especialmente previsto em convenções internacionais e em normativos domésticos. Contudo, o desconhecimento sobre filiação socioafetiva o torna pouco explorado, sendo que os interessados quase sempre se socorrem apenas à guarda ou à adoção, cujas regras estão previstas na Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente⁴.

Hodiernamente, os pais socioafetivos que assumem esta condição por ato espontâneo e irrevogável, foram valorizados e passaram a coexistir com os genitores biológicos, podendo ainda, no interesse do filho e pela via judicial, o registro de dois pais ou duas mães na sua Certidão de Nascimento.

Nesse contexto, correlacionam-se as questões da multiparentalidade que

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 265.

⁴ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990**. Presidência da República. Brasília, 5 out. 1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 19 set. 2020.

possibilita o reconhecimento jurídico de vínculos maternos ou paternos, ou todos, em relação a uma mesma pessoa. Na realidade, a essência da matéria em debate não é tão nova, embora aborde um ponto específico, relativamente inédito, concernente à filiação socioafetiva, que revela um ato voluntário de reconhecimento maternal ou paternal sob o aspecto sentimental.

Para Villela, a consanguinidade tem, de fato e de direito, um papel absolutamente secundário na configuração da paternidade, bem assim que a verdadeira paternidade não é um fato da biologia, mas um fato da cultura e está, antes, no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen⁵.

Na mesma linha, Oliveira entende que a família só tem sentido enquanto unida pelos laços de respeito, consideração, amor e afetividade⁶. À respeito, o artigo 1.593, do Código Civil de 2002 dispõe que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem"⁷.

Ora, se todos são iguais perante a lei, não se permite fazer distinção na relação entre pais e filhos, tentando desvalorizar aspectos sentimentais ou de afeto mútuo frente à noção jurídico-formal. Da mesma forma, não se pode desconsiderar que o direito à igualdade é uma garantia fundamental, prevista em cláusula pétrea da Lei Maior de 1988 e que qualquer interpretação contrária a isso afrontaria a própria Constituição Federal, segundo ensina Cassettari⁸.

Com efeito, a condição mais importante para o surgimento da parentalidade socioafetiva é o laço sentimental e emocional, normalmente gerados pela convivência entre os envolvidos. E tal situação de assentimento opera efeitos legais, como também no âmbito familiar e societário, que não só devem recepcionar esse novo modelo de família como respeitar e proteger os seus membros.

⁵ VILLELA, João Baptista. **Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto**. In: BARRETO, Vicente (Org.) *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 85.

⁶ OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 242.

⁷ BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

⁸ CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** / Christiano Cassettari. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015, p. 18.

2 ASPECTOS LEGAIS DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

À luz da Constituição Federal de 1988, tanto no seu artigo 5º como no artigo 227º, não poderá haver, em hipótese alguma, qualquer forma de discriminação ou tratamento diferenciado entre filhos havidos na constância do casamento e os havidos de forma diversa. E essa orientação é extensível aos pais ou mães socioafetivos ou adotivos, no sentido de aceitá-los como genitores e descendentes plenos e legítimos.

Já o artigo 5º, inciso II, da Lei 11.340/2006 (violência doméstica e familiar contra a mulher) fornece um conceito preciso e contemporâneo de família, que compreende a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, bem assim unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade própria⁹.

Segundo Boeira, a posse do estado de filho é uma relação afetiva, íntima e duradoura, configurada pelo reconhecimento público como se filho fosse, bem assim pelo tratamento existente na relação paterno-filial, em que há o chamamento de filho e a aceitação do chamamento de pai¹¹.

Maluf, define afetividade como a relação de carinho ou cuidado que se tem com alguém íntimo ou querido, como um estado psicológico que permite ao ser humano demonstrar os seus sentimentos e emoções a outrem, sendo, também, considerado como o laço criado entre as pessoas, que, mesmo sem características sexuais, continuam a nutrir uma amizade mais aprofundada¹².

Em termos práticos, seguindo as orientações normativas acerca do tema em discussão, não é qualquer pessoa adulta que pode postular o reconhecimento voluntário de filiação socioafetiva, sendo certo que é necessária uma relação prévia, mútua, afetiva e emocional com aquele a quem se deseja assumir publicamente

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

¹⁰ BRASIL. Lei Maria da Penha (2006). **Lei Maria da Penha e Legislação Correlata**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, p. 16.

¹¹ BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 60.

¹² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 18.

como filho socioafetivo.

Importante destacar que não são apenas os ascendentes que têm o direito de ver reconhecida a parentalidade biológica ou socioafetiva, mas também os próprios filhos, que podem igualmente demandar administrativa ou judicialmente para ver reconhecido o seu direito à maternidade ou paternidade, seja qual for a modalidade de filiação, conforme se extrai da dicção do artigo 1.606 do Código Civil¹³.

Ainda, segundo o artigo 1.609 do diploma civil pátrio, o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento é ato irrevogável, podendo ser realizado no registro de nascimento, por escritura pública ou em escrito particular (arquivado em cartório), por meio de testamento ou perante o juiz de direito¹⁴.

Curioso evidenciar o Provimento CNJ nº 83/2019, que alterou o Provimento CNJ nº 63/2017, acrescentando o artigo 10-A, dispondo que:

Art. 10-A. A paternidade ou a maternidade socioafetiva deve ser estável e deve estar exteriorizada socialmente.

[...]

2º O requerente demonstrará a afetividade por todos os meios em direito admitidos, bem como por documentos, tais como: apontamento escolar como responsável ou representante do aluno; inscrição do pretense filho em plano de saúde ou em órgão de previdência; registro oficial de que residem na mesma unidade domiciliar; vínculo de conjugalidade – casamento ou união estável – com o ascendente biológico; inscrição como dependente do requerente em entidades associativas; fotografias em celebrações relevantes; declaração de testemunhas com firma reconhecida¹⁵.

Ressalte-se que as situações normatizadas, retro transcritas, que visam provar a afetividade, são apenas exemplificativas, podendo ser demonstradas por outros meios legalmente admitidos, como cartas, filmagens e declaração do próprio

¹³ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁴ BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁵ BRASIL. Conselho Nacional De Justiça. **CNJ: Atos Normativos**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Brasília, 2019. Acesso em: 21 set. 2020.

filho de quem se deseja assumir a paternidade.

Assim, de acordo com o Provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 63, de 14 de novembro de 2017, alterado parcialmente pelo Provimento CNJ nº 83/2019, pode o(a) interessado(a), independente de seu estado civil, por ato espontâneo e livre, reconhecer judicialmente a maternidade ou paternidade de pessoa e, se esta for acima de 12 anos, podendo ser realizada também perante o oficial de Cartório, e que o ato será irrevogável, somente sendo desconstituído em juízo.

Portanto, o interessado, independente de seu estado civil, pode se dirigir à justiça para qualquer situação que pretenda o reconhecimento de paternidade socioafetiva, bem como ao oficial de Cartório, caso o filho conte mais de doze anos (artigo 10 do Provimento CNJ nº 83/2019), para formalizar a situação de pai ou mãe socioafetiva, sem esquecer que, se o filho for menor de dezoito anos, necessitará do consentimento formal deste para o reconhecimento válido da referida filiação fundada no vínculo afetivo.

3 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA E SUAS IMPLICAÇÕES NO ÂMBITO DA FAMÍLIA

A filiação socioafetiva gera efeitos no âmbito familiar, tanto no aspecto sentimental, estabelecendo novos vínculos parentais na árvore genealógica paterna e materna de quem assumiu o respectivo compromisso socioafetivo, como também em questão previdenciária, tributária (imposto de renda), pensão alimentícia e sucessória, visto que o filho reconhecido passa a compor toda a vida afetiva e jurídica do novo pai ou mãe, produzindo efeitos pessoais e patrimoniais.

Assim, o novo filho poderá, a depender das circunstâncias legais, assumir a condição de um dependente previdenciário do pai segurado, para fins de pensão ou recebimento de algum benefício. Por igual, ser dependente de seu novo genitor socioafetivo para fins de declaração de imposto de renda, dada a sua vulnerabilidade econômica, assim como figurar judicialmente no polo ativo de pleito alimentar ou mesmo na sucessão hereditária, no caso de morte de seu pai ou mãe socioafetivo.

Outro ponto importante é que não se pode nem deve haver conflito entre pais biológicos e socioafetivos, haja vista que tanto uma classe como a outra podem

coexistir e conviver, bem assim serem coobrigadas a exercer o mesmo papel moral, sentimental e material sobre o mesmo filho, sob pena de prática de crime de abandono ou alienação parental.

Além disso, a Suprema Corte do país, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, com repercussão geral (tema 622), de Relatoria do Ministro Luiz Fux, firmou entendimento no sentido de que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios¹⁶. É dizer, pode constar na Certidão de Nascimento do filho, simultaneamente, tanto o nome do pai ou mãe biológica como dos genitores socioafetivos.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, referente ao tópico em debate, proclamou o seguinte posicionamento:

Apelação cível. Ação negatória de paternidade. Justiça gratuita deferida. Desconstituição da filiação pela nulidade do assento de nascimento. Reconhecimento espontâneo e consciente da paternidade. Vício de consentimento inexistente. Realização de teste de paternidade por análise de DNA. Exclusão da paternidade biológica. Irrelevância. Existência de sólido vínculo afetivo por mais de 23 anos. Filiação socioafetiva demonstrada. Desconstituição da paternidade vedada. Recurso parcialmente provido. É irrevogável e irretratável a paternidade espontaneamente reconhecida por aquele que tinha plena consciência de que poderia não ser o pai biológico da criança, mormente quando não comprova, estreme de dúvidas, vício de consentimento capaz de macular a vontade no momento da lavratura do assento de nascimento. A filiação socioafetiva, fundada na posse do estado de filho e consolidada no afeto e na convivência familiar, prevalece sobre a verdade biológica¹⁷.

No caso judicial colacionado anteriormente, o referido tribunal reconheceu o vínculo socioafetivo de uma situação em que houve mais de duas décadas de

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica**. Recurso Extraordinário nº 898.060. Ministro Relator Luiz Fux. DJe nº 209, de 29/09/2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em 21 set. 2020.

¹⁷ SANTA CATARINA. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. **Ação negatória de paternidade**. Apelação Criminal nº 2011.005050-4. Desembargador Relator Fernando Carioni. DJe 10.05.2011.

convivência entre os envolvidos. De toda forma, não existem critérios fechados para solucionar esse tipo de demanda, nem uma espécie de régua universal para medir o tempo mínimo de convivência, no entanto quanto maior a convivência mais certeza se terá do vínculo afetivo, mas que deve ser aferido em cada caso concreto.

Interessante outra decisão judicial sobre o tema em discussão, oriunda do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Apelação. Negatória de paternidade. Anulação de reconhecimento de filho. Vício de vontade não comprovado. Irrevogabilidade. Paternidade socioafetiva configurada. 1. O reconhecimento voluntário de paternidade é irrevogável e irretratável, e não cede diante da inexistência de vínculo biológico, pois a revelação da origem genética, por si só, não basta para desconstituir o vínculo voluntariamente assumido. 2. A relação jurídica de filiação se construiu também a partir de laços afetivos e de solidariedade entre pessoas geneticamente estranhas que estabelecem vínculos que em tudo se equiparam àqueles existentes entre pais e filhos ligados por laços de sangue. Inteligência do art. 1.593 do Código Civil. Precedentes¹⁸.

O precedente retro está de acordo com as ideias defendidas no corpo do presente trabalho, cujo acórdão regional é seguido por outros Tribunais brasileiros, de modo que, no campo jurisprudencial, é assente que o reconhecimento voluntário de filho é irrevogável e irretratável, não cedendo à existência, ainda que posterior, da origem genética do filho reconhecido.

4 A SOCIEDADE E O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A sociedade congrega uma associação de indivíduos que são oriundos de grupos familiares diversos. A partir daí surge uma complexidade de relações entre as pessoas, compreendendo aspectos relacionados à aceitação, restrição, preconceito e intolerância em relação à instituição família.

¹⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. **Anulação de reconhecimento de filho**. Apelação Criminal nº 8805-49.2011.8.21.7000. Oitava Câmara Cível. Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos. DJe 18/04/2011.

A Constituição da República Federativa do Brasil, notadamente no seu artigo 226, deu novo conceito normativo à instituição família, proporcionando algumas garantias importantes a serem observadas pelo Estado e pela sociedade em geral¹⁹. Outrossim, o artigo 5º, II, da Lei da Mulher fixou parâmetros legais para uma concepção atual sobre a entidade familiar, que é formada por indivíduos, não importando se do mesmo sexo, que são ou se consideram aparentados, por consanguinidade ou vontade expressa²⁰.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, como direito de personalidade, ganhou destaque, nos últimos anos, diante de alguns desafios impostos pela sociedade contemporânea, haja vista que a ignorância, a vergonha e o preconceito ainda permeiam o tema, inibindo aqueles que desejam formar ou aumentar a família pelo laço afetivo. Neste cenário, apontamos os casais homoafetivos que lutam contra algumas adversidades para se afirmarem como pessoas, com plenitude de direitos e obrigações.

Contudo, apesar de alguns retrocessos, uma fração cada vez maior da sociedade contemporânea vem concebendo a ideia, de maneira positivamente, de que não é somente o sangue o referencial utilizado como parâmetro para o reconhecimento da paternidade.

Segundo se extrai da doutrina e da jurisprudência pátria, demonstrado no corpo deste trabalho, o vínculo de afeto surge, modernamente, como um importante indicativo para a comprovação da relação de paternidade, concorrendo igualmente com o critério genético. Por esta razão, os envolvidos, neste ato nobre que patrocina a entidade familiar, devem ser protegidos pelo Estado e, sobretudo, pela comunidade em geral, partindo-se da compreensão de que é da vontade popular que os representantes eleitos criam leis que disciplinam as relações no âmbito da sociedade.

Por isso, a comunidade deve aplaudir e homenagear aquele que assume, de forma corajosa e digna, o ser humano com o qual conviva e com quem troque

¹⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (de 5 de outubro de 1988)**. Presidência da República. Brasília, 5 out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 dez. 2019.

²⁰ BRASIL. Lei Maria da Penha (2006). **Lei Maria da Penha e Legislação Correlata**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011, p. 16.

relações de afeto e carinho, ajudando-o na sua formação e contribuindo para a evolução da humanidade.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A matéria em debate envolve direito de família e de personalidade, motivo pelo qual o pesquisador deve estar atento à complexidade e às mudanças que permeiam o assunto. Salvo os casos raros em que haja fraude, como uma pretensão escusa de transferência de pensão de pai para um suposto filho, assumido artificialmente de forma socioafetiva, o Estado e a sociedade devem incentivar e proteger o reconhecimento da paternidade fundada no afeto, verificados os demais requisitos e que, na realidade, apenas declaram e formalizam uma situação sentimental pré-existente.

O reconhecimento da filiação socioafetiva, independente de quem o pretenda, além de um ato majestoso, cria uma verdadeira via de mão dupla, uma vez que produz efeitos para um lado e outro: assim como o filho reconhecido passa a usufruir de alguns direitos, como previdenciários, alimentícios e sucessórios; noutro vértice, tem o dever de assistir os seus pais socioafetivos na velhice ou na enfermidade, bem assim ajudá-los materialmente, se for o caso, e, finalmente, os genitores gozam dos mesmos direitos previdenciários, alimentícios e sucessórios sobre os bens e direitos de seu reconhecidamente descendente.

Outro ponto importante, observado ao longo deste trabalho, é que, em diversas ocasiões, os tribunais do país vêm preenchendo as lacunas da lei que rege o tema de filiação socioafetiva, de maneira que, algumas vezes, a norma é elaborada após a estabilização da jurisprudência sobre determinada matéria sobre direito de família e de personalidade.

Em reforço, como as leis são estáticas e a sociedade é dinâmica, faz-se necessário o surgimento de um mecanismo estatal que possibilite a atualização eficaz das normas pertinentes frente aos avanços da sociedade e, no caso, o Poder Judiciário tem se apresentado como uma opção que vem solucionando esses casos surgidos na contemporaneidade, mesmo sem dispor da competência para legislar.

Na ocasião, a justiça vem imprimindo uma nova interpretação, axiológica e teleológica, à letra da lei.

Ainda, é necessário a concretização de políticas públicas que estimulem e protejam os interessados a romperem a barreira da vergonha, do preconceito ou da ignorância para formalizar uma situação com a qual já convivam cotidianamente, reconhecendo solene e publicamente o vínculo socioafetivo com uma pessoa que também nutra um sentimento recíproco em relação a quem o assume como pai ou mãe.

Seria importante também a veiculação de publicidade sobre o reconhecimento de filiação socioafetiva, considerando que existem, no país, diversas pessoas em situação de carência ou órfãs e que difere dos institutos da guarda e adoção, de maneira a conscientizar a sociedade que se trata de um ato que valoriza a dignidade da pessoa humana, merecendo a aprovação de todos porque promove a entidade familiar.

Além disso, à vista da doutrina e jurisprudência referenciada neste trabalho, observou-se que, em regra, não é possível desfazer um ato proveniente da vontade livre e deliberada, praticado solenemente, que reconheceu publicamente a paternidade de um filho, com base no afeto, formalizando a existência de laço familiar.

Logo, a matéria em discussão, que envolve direito de família e de personalidade, é relevante e atinge dezenas de milhões de residentes no Brasil, por esta razão seria oportuna a criação de uma consolidação de leis que, objetiva e cabalmente, disciplinasse o assunto em discussão, de indiscutível importância para a promoção da família, base da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista das informações registradas neste artigo, chegou-se a algumas conclusões, como o fato de que a paternidade ou a maternidade socioafetiva é um direito tanto do pai ou mãe como do próprio filho, que também pode demandar administrativa, por meio do Cartório, ou judicialmente para fazer valer uma situação

legal e socialmente aceita, produzindo efeitos patrimoniais e extrapatrimoniais para ambos os lados.

E o principal requisito para a existência da parentalidade socioafetiva, que atualmente concorre com a biológica, é a posse de estado de filho que deriva da convivência afetiva e emocional entre os envolvidos e que, depois de formalizada, opera efeitos contra todos, bem como assume uma natureza de ato irrevogável, irretratável e indisponível para as partes.

Por igual, é necessário o desenvolvimento de um mecanismo estatal que torne mais prático e célere a modificação da legislação que discipline o reconhecimento de filiação socioafetiva, de modo a acompanhar eficazmente o desenvolvimento da sociedade, sem depender do ativismo judicial para suprir as lacunas legais, vez que o próprio Judiciário nem sempre corresponde às expectativas dos cidadãos, dada a demora processual gerada nas demandas e em razão de decisões, até mesmo, contraditórias de um juiz para outro, provocando insegurança jurídica.

A multiparentalidade biológica e socioafetiva podem coexistir tranquilamente, não havendo vínculo hierárquico nem valorização de uma categoria sobre a outra, podendo-se inclusive registrar o nome do pai e/ou da mãe biológica juntamente com os genitores socioafetivos, nos documentos de identificação pessoal do filho e que todos, pais biológicos e socioafetivos, têm direitos e obrigações sobre o mesmo descendente, e este sobre aqueles.

Finalmente, diante da amplitude conferida ao tema filiação socioafetiva, é razoável concluir que, atualmente, a paternidade se manifesta sob outros vínculos, que não exclusivamente o biológico, podendo este coexistir, ou não, com a filiação socioafetiva, que ganhou autonomia no ordenamento jurídico vigente e decorre de uma relação sentimental entre pessoas que estabeleceram o *animus* de conviverem de forma permanente e estreita, formando um núcleo familiar.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BOEIRA, José Bernardo Ramos. **Investigação de paternidade: posse de estado de filho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **CNJ: Atos Normativos.** Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975>. Brasília, 2019. Acesso em: 21 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica.** Recurso Extraordinário nº 898.060. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília: DJe nº 209, de 29/09/2016. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4803092>. Acesso em 21 set. 2020.

_____. Lei Maria da Penha (2006). **Lei Maria da Penha e Legislação Correlata.** Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2011.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/1990.** Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo.** Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos** / Christiano Cassettari. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

DILL, Michele Amaral; CALDERAN, Thanabi Bellenzier, **Evolução histórica e legislativa da família e da filiação.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9019. Acesso em 26/12/2019.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Direito das Famílias: amor e bioética.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

OLIVEIRA, José Sebastião de. **Fundamentos constitucionais do Direito de Família.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal De Justiça Do Rio Grande Do Sul. **Anulação de reconhecimento de filho.** Apelação Criminal nº 8805-49.2011.8.21.7000. Oitava Câmara Cível. Desembargador Relator Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre: DJe 18/04/2011.

SANTA CATARINA. Tribunal De Justiça De Santa Catarina. **Ação negatória de paternidade.** Apelação Criminal nº 2011.005050-4. Desembargador Relator Fernando Carioni. Florianópolis: DJe 10.05.2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLELA, João Baptista. **Família Hoje. Entrevista a Leonardo de Andrade Mattietto.** In: BARRETO, Vicente (Org.) A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

11. O PLANEJAMENTO FAMILIAR À LUZ DAS CAPACIDADES E FUNCIONALIDADES NA TEORIA DE AMARTYA SEN

FAMILY PLANNING IN THE LIGHT OF CAPACITIES AND FUNCTIONALITIES IN THE THEORY OF AMARTYA SEN



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-11>

Adriane de Oliveira Ningeliski¹

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar que elementos como capacidades e funcionalidades provenientes da teoria do indiano Amartya Sen não se consubstanciam no plano do planejamento familiar, tendo em vista que o Estado não fornece escolhas reais, liberdades substantivas, a aqueles que não conseguem realizar o sonho da maternidade e paternidade natural, relegando a estes uma escolha imposta, uma vez que não existem políticas públicas de oferta de tratamentos alternativos gratuitos para auxílio da natalidade, como a reprodução humana assistida, pois não existem tratamentos disponíveis pelo Sistema Único de Saúde – SUS, obrigando o indivíduo a desistir da filiação biológica e buscar procedimentos como da adoção – lento e desgastante - que nunca teria sido uma opção, se esgotadas as possibilidades de filiação natural. Nessa toada a metodologia utilizada foi a dialética, na medida em que se faz uma incursão na teoria de Amartya Sen, mais especificamente no que tange as capacidades e funcionalidades – possibilidade de escolhas, dialogando nessa senda com o sistema de planejamento familiar brasileiro que não sgota as opções de escolhas para aqueles que se encontram em situação de menor poderio econômico.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidades; Funcionamentos; Planejamento familiar.

ABSTRACT

The present article seeks to demonstrate that elements such as capacities and functionalities derived from the Indian Amartya Sen theory are not embodied in the family planning plan, considering that the State does not provide real choices, substantive freedoms, to those who cannot achieve the dream of maternity and natural paternity, relegating to them an imposed choice, since there are no public

¹ Doutoranda e Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia Centro Universitário - Unibrasil, pós-graduada a título de especialização em Direito Civil e Processual Civil pela FAEC - Faculdade da Aldeia de Carapicuíba e em Direito Processual Civil: a práxis jurídica após reformas, pela FACINTER – Faculdade Internacional de Curitiba. Professora do Curso de Direito das Universidade do Contestado – Campus Canoinhas/SC e Campus Mafra/SC, servidora pública do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

policies offering free alternative treatments to aid birth, such as assisted human reproduction, as there are no treatments available by the Unified Health System - SUS, forcing the individual to give up biological affiliation and seek procedures such as adoption - slow and exhausting - that would never have been an option, if the possibilities of natural affiliation were exhausted. In this regard, the methodology used was dialectics, insofar as an incursion into Amartya Sen's theory is made, more specifically in terms of capabilities and functionalities - possibility of choices, dialoguing along this path with the Brazilian family planning system that does not waste the choice options for those who are in a situation of less economic power.

KEYWORDS: Capabilities; Functions; Family planning.

1 INTRODUÇÃO

A família brasileira vive em constante transformação e hoje a partir de uma leitura da Constituição Federal de 1988 deve ser vista de maneira plural, ou seja, deve ser entendida em toda a plenitude através do que se chama princípio da afetividade, tendo em vista que o que une e mantém as famílias nos dias atuais é essa afetividade, só tendo o sentido de existir família quando unida por esse sentimento.

A partir dessa leitura, é cediço sobrelevar que a liberdade para o planejamento familiar deve ser respeitado e promovido, tendo em vista a previsão na Carta Magna e em legislação especial em que o Estado deve entrar em cena, no auxílio e promoção de políticas tendentes a concretização da formação familiar escolhida, fornecendo todas opções possíveis para a constituição da família que se quer.

No entanto, tais direitos não se materializam tendo em vista a inexistência de políticas públicas de oferta de tratamento público de reprodução humana assistida, ficando desvelado que somente aqueles que possuem condições financeiras tem o livre acesso a tais tratamentos e não é ofertado pelo Sistema Único de Saúde - SUS.

Surgindo nessa senda a teoria de Amartya Sen que diz que o bem-estar pleno é aquilo que só pode ser alcançado quando se tem à mão todas as opções de escolhas - liberdade substantiva - o poder real de escolha daquilo que se quer, no caso a escolha real do tipo de família que se quer construir, sendo esta a problemática da presente abordagem, qual seja: o direito brasileiro promove efetivamente a Constituição Federal e a Lei 9263/96, à luz da teoria de Amartya Sen – capacidades e funcionalidades.

Tal pesquisa utiliza-se da metodologia dialética quanto dialoga entre a legislação pertinente ao planejamento familiar e as teorias apresentadas por Amartya Sen sobre a liberdade de escolha.

Sendo assim para tal intento, a pesquisa apresenta-se dividida em três capítulos, em que o primeiro e segundo capítulos trazem aspectos conceituais sobre a família, planejamento familiar e funcionalidades e capacidades em Amartya Sen, enquanto o terceiro e último retrata o panorama brasileiro e impossibilidade de verdadeiras escolhas quando à formatação da família que se escolheu viver, mas que se impôs viver.

2 DA FAMÍLIA E O DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL

A família da contemporaneidade é fruto de constantes transformações e hoje pode ser chamada plural e baseada na afetividade, a partir de uma leitura constitucional do instituto, sendo assim quando se trata de direito de família pode se dizer que essa leitura é feita a partir da pessoa, ou seja, a pessoa não existe para a família, mas a família para a pessoa.²

Assim também, a palavra família não tem um sentido unívoco, mas, ao contrário, revela várias possibilidades, dificultando a sua exata compreensão no mundo jurídico, sendo, por assim dizer diversas as significações jurídicas atribuíveis à palavra.³

No entanto, a palavra família advém do termo *famulus* que significa o mesmo que escravo doméstico, sendo assim, remontando uma significação literal a família seria o conjunto dos escravos pertencentes a um mesmo homem. Tal termo nasce pelas mãos dos romanos, os quais tinham o intuito de designar o novo organismo social, cujo chefe mantinha sob seu poder a mulher, os filhos e certo número de

² RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro [Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2009. p. 345]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_complet_a%5B1%5D.pdf?sequence=1> Acesso: 30 nov. 2013, p. 362

³ LEITE, Eduardo de Oliveira. Direito Civil Aplicado – Direito de Família. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v.5, p. 21.

escravos, com o pátrio poder romano e o direito de vida e morte sobre todos eles.⁴

Para os gregos família era designada pela palavra *epístion*, palavra que significava literalmente aquilo que está perto do fogo, ou seja, uma família era um grupo de pessoas às quais a religião permitia invocar os mesmos deuses, e oferecimento de banquete fúnebre aos mesmos antepassados.⁵

Certamente não é relegar a entidade familiar a um conceito jurídico, mas levar em consideração a realidade social e histórica vivida pela família, que pode, diante disso, terminar sendo pega na porosidade do sistema jurídico aberto.⁶

O sangue e os afetos são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a *affetio* constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em uma comunhão espiritual e de vida. [...] Se o dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, deve ser evidenciado como ela se manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sociocultural: da família nuclear sem filhos à grande família. Cada forma familiar tem uma própria relevância jurídica, dentro da comum função de serviço ao desenvolvimento da pessoa; não se pode portanto afirmar uma abstrata superioridade do modelo de família nuclear em relação às outras.⁷

A família pode ser definida como um processo interativo da vida e de conexão de caminhos individuais dos integrantes da família, que diante disso levantam a noção de autonomia e respeito à individualidade, fundamentando as condutas em limites para o respeito do outro (personalidade).⁸

⁴ ENGELS, Friedrich. A origem da família, da propriedade privada e do estado. Trad. Leandro Konder. 3 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012, p.78.

⁵ COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 53.

⁶ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2005, p. 07.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

⁸ CARBONERA. Silvana Maria. **Reserva de Intimidade – Uma possível tutela da dignidade no espaço da conjugalidade**. Renovar: São Paulo, 2008, p.288.

Portanto, a família hoje se representa através da afetividade, sentimento que une os entes familiares e que dá sentido à existência desse instituto chamado família, que precisa ser reconhecido como tal independente da formação escolhido e do tempo de formação.

Nessa toada entra em cena a possibilidade da família escolher como será formada, seja por membros vinculados biologicamente ou por afinidade somente, e nesse tocante surge a necessidade do Estado dar condições para tais escolhas, visto que muitas vezes o tão sonhado filho biológico não vem naturalmente, restando para aqueles que possuem boas condições financeiras a reprodução humana assistida, entre todos os procedimentos possíveis, dos quais pode ser exemplificado pela a fertilização *in vitro* ou ainda o instituto da adoção em última opção.

Desvela-se imprescindível destacar que no Brasil há lei específica que trata sobre o planejamento familiar (Lei n. 9263/96) e, não menos importante, há a previsão dada, pelo art. 226, § 7º, que certamente declara que o planejamento familiar é um direito fundamental autônomo.⁹

A Lei 9.263/96 prevê que o planejamento familiar é um direito de todos, sendo um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garantem direitos iguais de constituição, de limitação ou de aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, ou seja, pode-se afirmar que o planejamento familiar é um conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atendimento global ao homem, à mulher e ao casal, sendo no que tange à constitucionalidade, é relevante sobrelevar que a Constituição protege os mais variados modelos de formação familiar e atribui ao casal o livre exercício do direito ao planejamento familiar.¹⁰

⁹ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito à fertilização "in vitro" no Brasil: análise jurídico-literária à luz da obra "Admirável mundo novo". **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 475-499, dez. 2018. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/444>>. Acesso em: 20 set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.42.475-499>, p. 486.

¹⁰ SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito à fertilização "in vitro" no Brasil: análise jurídico-literária à luz da obra "Admirável mundo novo". **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 475-499, dez. 2018. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/444>>. Acesso em: 20 set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.42.475-499>, p. 486-487.

3 DAS FUNCIONALIDADES E CAPACIDADES EM AMARTYA SEN

A desigualdade social é um tema recorrente nos escritos do indiano Amartya Sen, que traz em suas obras discussões sobre o assunto, bem como retrata temas como bem-estar, liberdade, sendo assim relata que a extensão da desigualdade real de oportunidades das pessoas, não se resumem a medir desigualdade de rendas – o que se pode ou não fazer, ou realizar – pois tal mediação não depende somente de rendas percebidas, mas também da variedade de características físicas e sociais que afetam a vida de cada um, definindo a identidade do indivíduo.¹¹

No âmbito da garantia da igualdade de funcionamentos mínimos, primeiro, deve-se conceituar o que é pobreza, pois mesmo que todos tenham direitos fundamentais, as pessoas que tiverem melhores condições de vida não serão contempladas em alguns programas de inclusão social e certamente isso está longe de lhes negar um direito fundamental, apenas se visa identificar quem precisa de maior atenção do Estado ou necessita de alguma condição a mais para viver com dignidade.¹²

Outrossim nessa mesma toada, sobreleva-se de maneira especial ao presente estudo o conceito de capacidades e funcionamentos apresentado por Amartya Sen que retrata um avanço no debate sobre igualdade e justiça, pois traz uma visão dos propósitos humanos não detida no espaço do ter, mas sim no âmbito do fazer, relegando ao indivíduo a possibilidade de empoderamento sobre seu caminho, onde se concretizam os anseios, permitindo uma escolha¹³, uma verdadeira escolha.

Portanto, funcionamentos são os elementos constitutivos do estado de uma pessoa – escolhas – e capacidade o conjunto de vetores de funcionamentos

¹¹ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminado**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 60.

¹² DE OUTEIRO, Gabriel Moraes; DE OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar; DO NASCIMENTO, Durbens Martins. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, v. 11, n. 2, p. 47-81, 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/25834>. Acesso em: 10 ago.2019, p.68-69

¹³ SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, p. 129-142, 2005. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S1413-81232005000100020&script=sci_arttext&tlArticles. Acesso em 20 ago 2019, p.137

refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro¹⁴, aquela que realmente escolheu viver, sem interferência de qualquer um.

Para uma compreensão real de liberdade a preocupação com a promoção da justiça deve se pautar na vida humana, deslocando do foco nos meios da vida para as oportunidades reais de vida.¹⁵

Sendo assim, “agir livremente e ser capaz de escolher são, nesta concepção, diretamente conducentes ao bem-estar, não somente porque mais liberdade torna disponível um número maior de alternativas”¹⁶.

Ou seja, na teoria de Amartya Sen aquilo que é necessário para a valorização da vantagem individual é não somente o nível de bem-estar efetivado, mas também a liberdade que o indivíduo tem para escolher entre diferentes modos de vida¹⁷.

Logo, a capacidade decisória não é um mero meio, mas um requisito de bem estar, sim, escolher pode em si ser uma parte valiosa do viver, e uma vida de escolhas genuínas pode ser considerada como sendo mais rica, pois coloca os indivíduos em um ambiente democrático quando das escolhas privadas.¹⁸

Por conseguinte, para que uma pessoa esteja apta a realizar sua própria concepção de vida boa, é preciso que ela esteja funcionando bem em suas mais variadas formas, deve poder ter a capacidade de escolher e realizar o que melhor lhe aprouver, pois quanto maior a capacidade de uma pessoa para realizar os mais diversos funcionamentos, maior será sua liberdade efetiva de escolher como deve

¹⁴ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminado**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p. 79.

¹⁵ WERLE, Denílson Luis. A ideia de justiça e a prática da democracia. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 92, p. 153-161, Mar. 2012. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100011&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100011>.

¹⁶ SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminado**. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record, 2001, p.92.

¹⁷ LINHARES, Danillo Moretti Godinho; SANTOS, Aryane Raysa Araújo dos. Amartya Sen e John Rawls: um diálogo entre a abordagem das capacidades e a justiça como equidade. **Theoria-Revista Eletrônica de Filosofia. Pouso Alegre**, v. 6, n. 15, p. 153-161, 2014. Disponível em: http://www.theoria.com.br/edicao15/Amartya_Sen_e_John_Rawls.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019, p.159.

¹⁸ LOUSAO, Antoine. Sobre a inportância intrínseca das decisões democráticas para a realização da justiça: uma abordagem comparativa das teorias de Amartya Sen e Nancy Fraser. **Redescrições**, v. 2, n. 2, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescricoes/article/view/14904/9943>. Acesso em 10 ago. 2019, p.8

funcionar.¹⁹

Para Amartya Sen objetiva-se igualar as pessoas em capacidades e funcionamentos relevantes, e sendo assim o Estado tem o dever de cuidar para que todos os indivíduos alcancem esse patamar, e deveras, ao se constatar que alguém não consegue realizar um funcionamento visto como essencial, há a caracterização da situação de pobreza, que deve ser combatida, sendo esse o objetivo de todas as medidas, de modo que todos os indivíduos tenham a vida que escolherem, devendo haver constante atuação do Estado em reduzir desigualdades sociais e econômicas, criando obrigações positivas para o ente estatal.²⁰

Infelizmente em camadas mais pobres algumas privações tendem a ser persistentes, mesmo sendo adversas, mas crônicas, o que leva o indivíduo objetivamente a distorcer a realidade (escala de utilidades), tornando as desvantagens para esses indivíduos carentes e perpetuando as desigualdades sociais.²¹

Logo, quanto maior o nível de liberdade entre as escolhas, maior será o nível de bem-estar, pois havendo a possibilidade de escolhas reais sem limitação, o indivíduo plenamente poderá escolher de forma concreta, sem submissão a eventuais opções impostas pelo Estado e pela sociedade.

4 DA FALTA DE LIBERDADE DE ESCOLHA DAS FAMÍLIAS SEM RECURSOS FINANCEIROS PARA ACESSO ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A partir de uma leitura, sob a perspectiva do desenvolvimento de Amartya Sen, é possível retratar o direito ao planejamento familiar no campo dos direitos humanos,

¹⁹ OLIVEIRA, Mário Nogueira de. **Amartya Sen e as sociedades mais justas como ideia e realidade**. 2012. Disponível em: https://repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/5658/1/ARTIGO_AmartyaSenSociedade.pdf. Acesso em 20 jul. 2019, p.17

²⁰ DE OUTEIRO, Gabriel Moraes; DE OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar; DO NASCIMENTO, Durbens Martins. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, v. 11, n. 2, p. 47-81, 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/25834>. Acesso em: 10 ago.2019, p.69-71.

²¹ SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 317.

sendo tal direito existente no âmbito das capacidades²² e funcionalidades.

Ainda que no Brasil “o funcionamento básico” de milhões de cidadãos seja considerado crítico, dado que cerca de 50 milhões de brasileiros encontram-se na pobreza e ou na linha da miséria, não se está em um país tipicamente pobre e a injustiça social brasileira é histórica, pois nos últimos 20 anos de democracia, e mesmo com direitos sociais assegurados constitucionalmente, a cidadania enfrenta diversos impasses: a escola pública, os serviços públicos de saúde, o saneamento básico, o direito à segurança entre outros, oferecidos aos cidadãos pelo Estado, os quais estão longe de serem considerados satisfatórios.²³

A reprodução humana assistida seria todo processo ajudado pela medicina, sendo composta por inúmeras técnicas de auxílio à reprodução, das quais se pode elencar como mais usadas coito programado, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, transferência embrionária e implantação embrionária entre outros.²⁴

Ainda, é imprescindível resgatar o conceito de direitos reprodutivos que são aqueles direitos constituídos por princípios e normas de direitos humanos que garantem o exercício individual, livre e responsável, da sexualidade e reprodução humana, sendo um direito subjetivo de toda pessoa decidir sobre o número de filhos e os intervalos entre seus nascimentos, e ter acesso aos meios necessários para o exercício livre de sua autonomia reprodutiva, sem sofrer discriminação, coerção, violência ou restrição de qualquer natureza.²⁵

A fertilização *in vitro* que tem um valor de tratamento alto, porque inclui medicamentos caros, consultas, e a tentativas com preço médio por tentativa – no

²² COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; AGUIAR, Wallace Leonardo de Liberdade, solidariedade e família – entre a realidade e a utopia. In: _

Anais do III Seminário de Direito Civil-Constitucional: Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do Direito Civil-Constitucional / Organizadores: André Gomes Alves ... [et. al.]; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC / UFPB/ UNIPÊ, 2016, p. 17.

²³ RIBEIRO, Cláudio Oliveira; MENEZES, Roberto Goulart. Políticas públicas, pobreza e desigualdade no Brasil: apontamentos a partir do enfoque analítico de Amartya Sen. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, v. 7, n. 1, p. 42-55, 2008.

Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527162004.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019, p.48

²⁴ MAIA, Thais; Munhoz, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. **Reprodução Assistida: Um guia fácil e descomplicado de Saúde e de Direito**. 2018. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019, p. 3.

²⁵ VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3 ed. Brasília: UNFPA, 2009, p. 19.

ano de 2015 - entre R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), isso sem considerar custos com medicamentos, alguns exames e congelamento de gametas ou embriões, se houver²⁶.

Foi somente em 1996 que o Congresso Nacional aprovou a Lei n. 9.263 de 12 de janeiro de 1996, que regulamenta o parágrafo 7 do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar no Brasil, incorporando um conjunto de ações de atendimento global e integral à saúde e proíbe qualquer medida coercitiva, entre outras providências, tratando o planejamento familiar enquanto um direito da mulher, do homem e do casal.²⁷

Nada obstante a inexistência de legislação pertinente à reprodução humana assistida, a lei que prevê o planejamento familiar (lei 9263/96) dispõe que o Estado deve promover o auxílio à família ou aquele que desejar a filiação, através do Sistema Único de Saúde-SUS, ou seja de forma gratuita, o que materialmente não ocorre.

Nessa senda é oportuno ressaltar que o mais importante aspecto da definição dos Direitos Reprodutivos é que são direitos humanos, aqueles que dever ser garantidos a todos os seres humanos, independentemente de sexo, raça, origem ou qualquer outra condição, o qual deve ser materializado por meio de ações efetivas que permitam a garantia e promoção dos direitos consagrados.²⁸

Todavia, apesar da previsão legal a divergência se alarga quando se trata de financiamento público da reprodução humana assistida, tendo em vista o alegado impacto econômico, que fica evidenciado no fato de que o Ministério da Saúde em 2005 editou um portaria (426/GM), criando a política nacional de Atenção Integral em Reprodução Assistida, sendo revogada em seguida, sob a justificativa de que o impacto financeiro precisava ser melhor analisado, sem retorno até o presente momento, o que evidentemente leva à uma falta de política de tratamento dos casos

²⁶ COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; AGUIAR, Wallace Leonardo de Liberdade, solidariedade e família – entre a realidade e a utopia. In: _

Anais do III Seminário de Direito Civil-Constitucional: Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do Direito Civil-Constitucional / Organizadores: André Gomes Alves ... [et. al.]; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC / UFPB/ UNIPÊ, 2016, p. 32.

²⁷ ALVES, José Eustáquio Diniz. As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil. **Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas**, p. 1677-70, 2006.

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv31808.pdf>, p. 31.

²⁸ VENTURA, Miriam. Direitos Reprodutivos no Brasil. 3 ed. Brasília: UNFPA, 2009, p. 35

de problemas de infertilidade e atacandoliberdade formal de exercício do planejamento familiar vai se revestir em liberdade substantiva.²⁹

Desvela-se relevante trazer a lume a existência da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), conhecida como Conferência do Cairo, realizada pelas Nações Unidas em 1994, com intuito de tratar sobre os direitos reprodutivos da mulher, demonstrando a preocupação mundial com o assunto:

7.12 O objetivo de programas de planejamento familiar deve ser o de capacitar casais e indivíduos a decidir livre e responsavelmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e a ter a informação e os meios de assim o fazer e assegurar opções conscientes e tornar disponível toda uma série de métodos eficientes e seguros. O sucesso de programas de educação da população e de planejamento familiar, numa variedade de circunstâncias demonstra que o indivíduo informado pode agir e agir, em toda parte, com responsabilidade, de acordo com as suas próprias necessidades e das necessidades de sua família e da comunidade. O princípio da livre escolha consciente é essencial ao sucesso em longo prazo de programas de planejamento familiar. Não há lugar para qualquer forma de coerção. Em toda sociedade há muitos incentivos e desestímulos sociais e econômicos que afetam decisões individuais sobre a gravidez e o tamanho da família. No século passado, muitos governos experimentaram planos que incluíam incentivos e desestímulos para reduzir ou aumentar a fecundidade. A maior parte dos planos teve apenas um impacto marginal na fecundidade e, em alguns casos, foram contraproducentes. Os objetivos governamentais de planejamento familiar devem ser definidos em termos de necessidades não-satisfeitas de informação e de serviços. Objetivos demográficos, embora objeto legítimo de estratégias governamentais de desenvolvimento, não devem ser impostos aos prestadores de serviços de planejamento familiar na forma de alvos ou quotas no recrutamento de clientes.³⁰

²⁹ COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; AGUIAR, Wallace Leonardo de Liberdade, solidariedade e família – entre a realidade e a utopia. In: Anais do III Seminário de Direito Civil-Constitucional: Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do Direito Civil-Constitucional / Organizadores: André Gomes Alves ... [et. al.]; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC / UFPB/ UNIPÊ, 2016, p. 32.

³⁰ NAÇÕES UNIDAS. **Conferência do Cairo**. Cairo, 1994. Disponível em: <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019, p.64.

O que se depreende de uma análise mais acurada do contexto social é que aos poucos o brasileiro tem se permitido buscar a efetivação dos seus direitos quando da ausência de políticas públicas e programas de atendimento à auxílio ao planejamento familiar, existindo no âmbito do Poder Judiciário, várias ações buscando o fornecimento de tratamento de reprodução assistida para aqueles que não tem condições de pagamento.

É cediço lembrar que as escolhas e o conjunto de escolhas a se utilizar à luz da teoria de Amartya Sen, demonstram que no que tange ao planejamento familiar não são reais, no caso da impossibilidade de filiação natural, tendo em vista que aqueles que não possuem renda para o pagamento do tratamento de reprodução assistida, que como dito é caro, acabam caindo nas garras dos procedimentos de adoção, que são morosos e desgastantes para aqueles que se habilitam, haja vista a dificuldade de disponibilização de crianças e adolescents, ou ainda, desistem da família que sonharam ter.

Ao se pensar a “capacidade de funcionamento” dos brasileiros, é preciso incorporar novas realidades, como o planejamento familiar, posto que, apesar do Brasil estar livre das mortes massa por causa da fome (mesmo nos bolsões de miséria no interior do país e nas grandes regiões metropolitanas), cerca de 25 milhões ainda não sabem ler nem escrever ³¹, e muitas pessoas não tem acesso sequer à informação de que tem direito a escolher a forma de constituição de sua família, resignando-se a escolhas que não seriam feitas se houvesse acesso a verdadeiras opções de constituição de sua própria família.

Certamente ter à mão todas as opções possíveis de constituição da família é certamente poder fazer uma escolha valiosa.

CONCLUSÃO

Pode-se aferir que o Brasil não atende os preceitos da Carta Magna de 1988 e

³¹ RIBEIRO, Cláudio Oliveira; MENEZES, Roberto Goulart. Políticas públicas, pobreza e desigualdade no Brasil: apontamentos a partir do enfoque analítico de Amartya Sen. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, v. 7, n. 1, p. 42-55, 2008.
Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527162004.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019, p.49

a Lei 9263/96 no que tange ao planejamento familiar, tendo em vista que não fornece todas as opções possíveis da formação familiar, limitando as escolhas daqueles que não tem condições de pagamento de tratamentos de reprodução humana assistida que são caros e inacessíveis para a maioria da população - pobre, que se vê sem opções de constituição da família natural, acabando por desistir dessa opção, muitas vezes desistindo da própria filiação, ou buscando os procedimentos de adoção, que são processos lentos e desgastantes.

À luz da teoria das capacidades e funcionalidades de Amartya Sen, o bem-estar pleno só ocorre quando se tem à mão todas as escolhas possíveis, não limitadas por qualquer fator intrínseco ou extrínseco, e sim permitem uma escolha real e verdadeira, o que não ocorre no que tange ao planejamento familiar no Brasil, haja vista a inexistência de oferta de tratamentos de reprodução humana assistida pelo Sistema Único de Saúde – SUS, o que tira uma das tentativas do indivíduo de constituir família, uma valiosa opção: a constituição da família biológica para aqueles que não conseguem naturalmente a constituição da filiação natural.

Portanto, é dever do Estado fornecer todos os meios de efetivação de bem-estar, sendo uma ofensa a todo arcabouço legal a não concessão de todos meios de efetivação do planejamento familiar, que no caso em tela é o fornecimento de todos procedimentos de reprodução humana assistida.

Sendo assim, o planejamento da família, da forma que melhor aprouver, deve ser realizado plenamente, com liberdade de escolhas e com todas as opções possíveis, pois somente assim a formatação da família será escolhida a partir do que se realmente se quer, e todos terão acesso à família que se sonhou, e esse é direito que deve ser garantido, pois os sonhos só poderão ser alcançados quando se fornece condições efetivas de concretização, o que no caso do presente estudo cabe também ao Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. As políticas populacionais e o planejamento familiar na América Latina e no Brasil. **Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências Estatísticas**, p. 1677-70, 2006.

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv31808.pdf>. Acesso: em 20 ago 2019.

CARBONERA, Silvana Maria. **Reserva de Intimidade – Uma possível tutela da dignidade no espaço da conjugalidade**. Renovar: São Paulo, 2008.

COSTA, Ana Paula Correia de Albuquerque da; AGUIAR, Wallace Leonardo de. **Liberdade, solidariedade e família – entre a realidade e a utopia**. In: _Anais do III Seminário de Direito Civil-Constitucional: Hipervulnerabilidade, saúde e humanização do Direito Civil-Constitucional / Organizadores: André Gomes Alves ... [et. al.]; Instituto de Pesquisa e Extensão Perspectivas e Desafios de Humanização do Direito Civil-Constitucional – João Pessoa: IDCC / UFPB/ UNIPÊ, 2016.

COULANGES, Fustel. **A Cidade Antiga**. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DE OUTEIRO, Gabriel Moraes; DE OLIVEIRA, Maria Cristina Cesar; DO NASCIMENTO, Durbens Martins. A justiça como equidade de Rawls e a igualdade de Amartya Sen: uma releitura na construção de um sistema de proteção de direitos fundamentais. **Revista do Direito Público**, v. 11, n. 2, p. 47-81, 2016. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/25834>. Acesso em: 10 ago.2019.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. Trad. Leandro Konder. 3 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2012.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado – Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. v.5.

LINHARES, Danillo Moretti Godinho; SANTOS, Aryane Raysa Araújo dos. Amartya Sen e John Rawls: um diálogo entre a abordagem das capacidades e a justiça como equidade. **Theoria-Revista Eletrônica de Filosofia. Pouso Alegre**, v. 6, n. 15, p. 153-161, 2014. Disponível em: http://www.theoria.com.br/edicao15/Amartya_Sen_e_John_Rawls.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

LOUSAO, Antoine. Sobre a inportância intrínseca das decisões democráticas para a realização da justiça: uma abordagem comparativa das teorias de Amartya Sen e Nancy Fraser. **Redescrições**, v. 2, n. 2, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescricoes/article/view/14904/9943>. Acesso em 10 ago. 2019.

MAIA, Thais; Munhoz, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. **Reprodução Assistida: Um guia fácil e descomplicado de Saúde e de Direito**. 2018. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

NAÇÕES UNIDAS. **Conferência do Cairo**. Cairo, 1994. Disponível em : <http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>. Acesso em: 22 set. 2019.

OLIVEIRA, Mário Nogueira de. **Amartya Sen e as sociedades mais justas como ideia e realidade**. 2012. Disponível em : https://repositorio.ufop.br/bitstream/123456789/5658/1/ARTIGO_AmartyaSenSociedade.pdf. Acesso em 20 jul. 2019, p.14

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 244.

RIBEIRO, Cláudio Oliveira; MENEZES, Roberto Goulart. Políticas públicas, pobreza e desigualdade no Brasil: apontamentos a partir do enfoque analítico de Amartya Sen. **Textos & Contextos (Porto Alegre)**, v. 7, n. 1, p. 42-55, 2008. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/3215/321527162004.pdf>. Acesso em 20 ago. 2019

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Famílias Simultâneas: da Unidade Codificada à Pluralidade Constitucional**. Renovar: Rio de Janeiro, 2005.

RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Liberdade(s) e função: contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro** [Tese (Doutorado em Direito) – UFPR, Curitiba, 2009. p. 345]. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/19174/Carlos_Eduardo_Tese_complet_a%5B1%5D.pdf?sequence=1> Acesso: 30 nov. 2013.

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales. O direito à fertilização “in vitro” no Brasil: análise jurídico-literária à luz da obra “Admirável mundo novo”. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 475-499, dez. 2018. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/444>>. Acesso em: 20 set. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.21119/anamps.42.475-499>.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Trad. Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SIQUEIRA-BATISTA, Rodrigo; SCHRAMM, Fermin Roland. A saúde entre a iniquidade e a justiça: contribuições da igualdade complexa de Amartya Sen. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 10, p. 129-142, 2005. Disponível em: https://www.scielo.org/scielo.php?pid=S141381232005000100020&script=sci_arttext&lng=es#ModalArticles. Acesso em 20 ago 2019.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. 3 ed. Brasília: UNFPA, 2009.

WERLE, Denílson Luis. A ideia de justiça e a prática da democracia. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo , n. 92, p. 153-161, Mar. 2012 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100011&lng=en&nrm=iso>. access on 22 Sept. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002012000100011>.

12. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TESTAR E AS IMPLICAÇÕES DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO APÓS O RE 878.694/MG¹

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO FREEDOM TO TEST AND THE IMPLICATIONS OF THE COMPANION'S SUCCESSION AFTER RE 878.694/MG



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-12>

Luciane Sobral²

Resumo

O presente artigo visa analisar os direitos à liberdade, patrimônio e herança sob o olhar dos direitos fundamentais para compreender acerca da liberdade de testar. Em se tratando de liberdade de testar, intrinsecamente, fala-se em legítima: figura presente no direito sucessório e que tem por finalidade limitar a liberdade de testar e garantir direitos aos herdeiros. Em maio de 2017, a decisão do STF no RE 878.694/MG provocou muitas reflexões sobre a sucessão do companheiro e, até os dias de hoje, há divergência doutrinária quanto à sucessão do companheiro. Utilizando-se do método dedutivo, através da análise doutrinária, legislativa e jurisprudencial, pretende-se analisar cada um dos temas mencionados para compreender as implicações da liberdade de testar na sucessão do companheiro e os limites que influenciam diretamente na liberdade do testador. Dentre os resultados alcançados, destacam-se a compreensão do direito fundamental à liberdade, as limitações imanentes aos direitos fundamentais, as correntes doutrinárias a respeito da inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário e o posicionamento eleito de modo a aliar-se a uma das correntes doutrinárias, justificando as implicações que a escolha diversa impactaria não apenas no direito sucessório, como no exercício da liberdade do titular do patrimônio.

Palavras chave: Sucessões. Direitos Fundamentais. Companheiro. Liberdade de testar.

Abstract

This article aims to analyze the rights to freedom, heritage and inheritance from the perspective of fundamental rights to understand about the freedom to test. When it comes to freedom to test, intrinsically, there is talk of legitimacy: a figure present in succession's law and whose purpose is to limit the freedom to test and guarantee

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Doutoranda e Mestra em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL, Curitiba/PR, Bolsista CAPES/PROSUP. Especialista em Direitos das Famílias e Sucessões pela Academia Brasileira de Direito Constitucional, Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. Advogada e professora universitária. Endereço eletrônico: lucianesobral.adv@gmail.com

rights to heirs. In May 2017, the STF (Supreme Court) decision in RE 878.694 / MG caused many reflections on the succession of the partner and, until today, there is doctrinal divergence as to the succession of the partner. Using the deductive method, through doctrinal, legislative and jurisprudential analysis, we intend to analyze each of the aforementioned themes to understand the implications of the freedom to test on the partner's succession and the limits that directly influence the tester's freedom. Among the results achieved, we highlight the understanding of the fundamental right to freedom, the immanent limitations to fundamental rights, the doctrinal currents regarding the inclusion or not of the partner as a necessary heir and the position chosen in order to ally with one of the doctrinal currents, justifying the implications that the different choice would impact not only on the right of succession, but also on the exercise of the freedom of the property owner..

Keywords: Successions. Fundamental Rights. Companion. Freedom to test.

I. INTRODUÇÃO

A liberdade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente. E, como qualquer direito, pode sofrer limitações. No direito sucessório, a limitação à liberdade de testar está relacionada a legítima.

Esta vincula-se diretamente ao rol de herdeiros necessários, por este motivo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 878.694, tem relevância direta na temática, uma vez que a equiparação dos direitos sucessórios do cônjuge e do companheiro e a interpretação da doutrina quanto à inclusão ou não do companheiro como herdeiro necessário correspondem ao debate acerca da amplitude da liberdade de testar.

A divisão deste estudo se dará em três partes: i) compreensão dos direitos fundamentais e sua limitação através da legítima; ii) breve relato da decisão do STF e identificação das correntes doutrinárias sobre o companheiro e o rol de herdeiros necessários; iii) análise das implicações da sucessão do companheiro na liberdade de testar.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE TESTAR E A LEGÍTIMA

Os direitos fundamentais constituem-se nos direitos humanos, individuais e civis, sua função é prevenir os ataques do Estado à vida individual do cidadão e

proteger, de um modo geral, a liberdade humana³. Mas, é importante destacar que, embora os direitos fundamentais sejam de certa forma direitos humanos (em virtude do titular desses direitos), há distinção entre essas duas terminologias: enquanto os direitos humanos estão mais ligados ao direito internacional, os direitos fundamentais correspondem aos "direitos do ser humano, reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado".⁴

A liberdade, por sua vez, constitui direito fundamental de primeira geração (juntamente com a vida e o patrimônio), isto porque as primeiras concepções formais de direito tinham por objetivo proteger o cidadão do Estado Absolutista e a liberdade é o pressuposto para o exercício de outras faculdades constitucionais⁵.

Há duas perspectivas para análise da liberdade: uma que autoriza o Estado a impor limites nas liberdades individuais, para garantia de direitos da coletividade; e outra que protege o indivíduo contra o arbítrio estatal na realização de certos direitos.⁶

O *caput* do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) caracteriza a liberdade como direito fundamental, ao garantir a inviolabilidade desse direito. O inciso X, do mesmo art. 5º, também menciona a vida privada como inviolável. E, liberdade, vida privada e patrimônio são direitos fundamentais⁷.

Ainda que esses direitos fundamentais sejam universais, não são absolutos⁸, pois há a necessidade de definição de limites - em especial à liberdade, já que se ilimitada poderia afetar outros interesses.

A "teoria do alcance material", de Friedrich Müller, afirma que nenhum direito fundamental é ilimitadamente garantido⁹, há necessidade de delimitar a amplitude

³ HESSE Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Tradução: Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 34.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos humanos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 18.

⁵ SCHÄFER, Jairo. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao unitário: uma proposta de compreensão. 3ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 31, 35.

⁶ SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. "O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal." SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. Direito, Liberdade e Justiça. Curitiba: Íthala, 2017, p. 13.

⁷ SCHÄFER. Op cit, p. 31.

⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original Theorie der Grundrechte, cap. 6, p. 309,310.

fática dos direitos fundamentais. Por este motivo, os adeptos dessa teoria utilizam o termo "delimitação", que deriva de limites, e não "restrição", pois restrição corresponderia a algo externo aos direitos fundamentais e, nesse entendimento, defende-se que a extensão da validade e a solução podem ser encontrada na própria norma.¹⁰ Rudolf Smend e Peter Häberle também entendem nesse sentido, compreendendo pelo que se denomina suporte fático restrito e teoria interna dos direitos fundamentais, pelas quais entende-se que uma lei é objetivamente geral quando não há restrições legais específicas à liberdade de expressão.¹¹

Portanto, o suporte fático restrito dá base à teoria interna, a qual dispõe sobre a existência de limites aos direitos fundamentais imanentes no próprio direito, por meio de regras.

Essas limitações compreendidas pela ótica da teoria interna resultam da própria Constituição, de forma imanente. Isto é, na própria norma em que consta a garantia aos direitos fundamentais, há uma limitação, como é o exemplo da liberdade de assembleia para reuniões pacíficas e, a limitação nela contida quanto à proibição de associações com fins ilícitos.

Como a Constituição não dá conta por si só de estabelecer todos os limites, em muitos casos é confiado ao legislador esse papel de limitar os direitos fundamentais ou autorizar os poderes Executivo e Judiciário a fazê-lo¹². É o caso da limitação à liberdade de testar, definida pela legislação civil brasileira, através da legítima.

A legítima corresponde à parte da herança "reservada", por assim dizer, para os chamados herdeiros necessários, cujo rol está disposto no art. 1.845 do Código Civil e prevê que, em havendo herdeiros necessários, o autor da herança não pode testar a totalidade de seus bens. A legislação civil prevê que metade do patrimônio precisa ser garantido aos herdeiros necessários.

Verifica-se, portanto que, a liberdade não consiste, nos dias atuais, apenas em uma "liberação da intervenção estatal", mas em uma tarefa de cuidado e segurança

¹⁰ MÜLLER apud SILVA. Op cit, p. 86-87.

¹¹ SMEND e HÄBERLE apud ALEXY. Op cit, p. 317.

¹² HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 63-64.

social por parte do Estado¹³, já que a figura da legítima tem por função assegurar aos familiares mais próximos o direito à herança, que é um direito fundamental constante no catálogo, art. 5º, inciso XXX, da CRFB.

Logo, considerando liberdade, vida privada, patrimônio e direito à herança como direitos fundamentais, entende-se que a liberdade de testar também assim deve ser considerada, uma vez que constitui um ato de liberdade do autor da herança de decidir para quem ficará seu patrimônio, respeitadas as limitações legais.

A própria definição de testamento por Pontes de Miranda¹⁴ contém menção aos “limites da lei”, destacando os limites imanentes da liberdade de testar: “Testamento é o negócio jurídico unilateral, de última vontade, pelo qual alguém, nos limites da lei, e para depois de sua morte dispõe de seus bens, no todo ou em parte, ou algo determina para efeitos jurídicos.”¹⁵

Assim sendo, a liberdade de testar garante ao titular poder quase absoluto, já que permite ao testador deixar seu patrimônio para quem desejar, inclusive condicionando tal direito como bem entender. Tal poder só não é maior por conta da legítima¹⁶, que garante aos herdeiros necessários metade da herança, nos termos da limitação imanente contida no art. 1.789 do Código Civil que estabelece: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”¹⁷.

III A DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA ENTRE O ROL DE HERDEIROS NECESSÁRIOS APÓS O RE 878.694/MG

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 10 de maio de 2017 a respeito dos direitos sucessórios do companheiro¹⁸, visto que, no Código Civil havia distinção dos direitos sucessórios garantidos a ele em relação ao cônjuge. A discussão

¹³ Ibidem, p. 41;

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 109;

¹⁵ Ibidem, p. 122

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 337.

¹⁷ BRASIL, Código Civil de 2002.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 10/05/2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

correspondia à (in)constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil que tratava das condições para participação da companheira ou companheiro na sucessão do outro.

Considerando a ordem de vocação hereditária prevista pelo art. 1.829 do Código Civil, a decisão se deu pela aplicação igualitária dos direitos sucessórios para garantir ao companheiro os mesmos direitos constantes somente ao cônjuge, no art. 1.829, de modo a declarar inconstitucional o art. 1.790, ambos do Código Civil. A análise realizada pelos ministros e o debate entre o voto do relator e o divergente levou em consideração os princípios da dignidade humana, igualdade, vedação ao retrocesso, de um lado; e, autonomia privada e liberdade, de outro.¹⁹

A decisão do relator prevaleceu e, por maioria, fixou-se a seguinte tese:

É inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros prevista no art. 1.790 do CC/2002, devendo ser aplicado, tanto nas hipóteses de casamento quanto nas de união estável, o regime do art. 1.829 do CC/2002.

Verifica-se que a decisão contemplou os artigos 1.790 e 1.829 do Código Civil, apenas, e não inseriu o art. 1.845, que versa sobre os herdeiros necessários. Neste dispositivo apenas o cônjuge é considerado herdeiro necessário, além dos descendentes e ascendentes, mas a decisão não fez menção a esse e outros dispositivos que fazem referência exclusiva ao cônjuge²⁰. Diante disso, o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM na qualidade de *amicus curie* opôs Embargos de Declaração questionando omissão para compreender a interpretação extensiva do art. 1.845 do Código Civil também aos companheiros. Entretanto, referidos embargos foram rejeitados em sessão virtual de outubro de 2018²¹, por entender a Suprema Corte que o caso analisado dizia respeito somente ao art. 1.829

¹⁹ LORENZETTO, Bruno Meneses; SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. "Uma análise crítica da decisão do STF no RE 878.694/MG sobre a sucessão do companheiro a partir da teoria da decisão de Ronald Dworkin." In Quaestio Iuris, vol. 12, nº 04, Rio de Janeiro, 2019, p. 263

²⁰ SOBRAL, Luciane. "Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais". 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná, p. 76.

²¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 26/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

e 1.790 do Código Civil e, portanto, não haveria omissão na decisão, especialmente em virtude de não existirem outros dispositivos objeto da repercussão geral reconhecida.²²

Diante da indefinição pelo STF quanto ao companheiro constar ou não no rol de herdeiros necessários, as opiniões dividiram-se, há uma corrente doutrinária que defende que a ausência expressa de manifestação pelo Supremo quanto ao art. 1.845 do Código Civil não permite suposições e, portanto, não pode ser considerado herdeiro necessário até definição expressa²³. E, outra parte da doutrina que entende que a tese de repercussão geral reconhecida, ao tratar da inconstitucionalidade da distinção de direitos sucessórios entre companheiros e cônjuges, ainda que não tenha mencionado o dispositivo que trata da reserva hereditária, incluiu "por arrasto", o companheiro na mesma.²⁴

A corrente majoritária é a que defende que a equiparação das entidades familiares, objeto da decisão do STF, incluiu o companheiro no rol de herdeiros necessários, nesse sentido defende Rolf Madaleno, Flávio Tartuce, Zeno Veloso, Gilselda Hironaka, dentre outros.²⁵

A subscritora deste estudo, no entanto, em razão das implicações prejudiciais que a inclusão do companheiro como herdeiro necessário pode acarretar, alia-se à corrente minoritária composta por Mário Delgado, Rodrigo da Cunha Pereira, Luciana e Marília Pedroso Xavier²⁶. Dentre a principal motivação para tal posicionamento, destaca-se que a inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários

²² IBDFAM. Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul. 2019 e, STF. RE 878694/MG. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

²³ Por todos, DELGADO, A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Migalhas, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>> Acesso em 02 ago. 2019.

²⁴ Por todos, MADALENO, Rolf. Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida (Entrevista). Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Edição 44, abril/maio 2019, p. 4.

²⁵ TARTUCE, Flávio. O companheiro como herdeiro necessário. In Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>>. Acesso em set.2020.

²⁶ Por todos, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?" Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em set.2020.

provocaria limitação ainda mais agressiva ao direito fundamental à liberdade.

IV AS IMPLICAÇÕES DA SUCESSÃO DO COMPANHEIRO E A LIBERDADE DE TESTAR

Partindo da compreensão da legítima como limitação à liberdade de testar, extremamente relevante é o conteúdo da norma que prevê quais são os herdeiros necessários e, portanto, aos quais o autor da herança está vinculado a reservar a metade do seu patrimônio.

Considerando a declaração de inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, o posicionamento do STF nos embargos de declaração e a divergência doutrinária sobre o companheiro contemplar ou não o rol de herdeiros necessários, percebe-se uma insegurança jurídica que tem consequência direta no direito fundamental à liberdade de testar.

Ainda que não seja tão comum no Brasil a figura do planejamento patrimonial antes da constituição da família e, ainda menos comum o planejamento sucessório, sabe-se que essa situação vem sofrendo alterações aos poucos, Cristiana Ferreira traz em seu livro uma pesquisa realizada por Erika Haupt em que classifica sete perfis de casais que fazem planejamento patrimonial antes do casamento, desses sete perfis organiza-os em três grupos: casais de jovens, casais mais velhos, casais com prósperos negócios familiares, sendo a maior preocupação quanto ao planejamento por parte desses dois últimos grupos²⁷.

Rolf Madaleno também destaca a escolha dos casais na formação da família e, a frequente preocupação que os fazem optar regime da separação convencional de bens:

[...] são frequentes preocupações dos novos casamentos, isto quando admitem casar, e, se casam, elegem o regime da separação convencional de bens por acreditarem estar afastando o cônjuge sobrevivente que não participou da construção do acervo privativo familiar do ingresso em seus bens particulares, com o divórcio ou a abertura da sucessão.²⁸

²⁷ FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. *Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 108-110.

²⁸ MADALENO, Rolf. *A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens*. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012, p. 19.

Percebe-se que, tanto a escolha entre constituir uma união estável ou um casamento, quanto a definição do regime de bens que regulamentará o patrimônio do casal são exercícios do direito fundamental à liberdade e, cada escolha leva a consequências diversas do ponto de vista patrimonial e, especialmente sucessório.

Enquanto o cônjuge consta expressamente no rol de herdeiros necessários e o companheiro não, há nitidamente maior liberdade ao titular do patrimônio que optar por constituir união estável, já que a limitação imanente da legítima encontra-se apenas na figura do cônjuge. Rodrigo da Cunha Pereira destaca que a escolha por uma ou outra maneira de constituir uma família não passa pela análise de hierarquia, mas sim de uma diferença que precisa ser utilizada para definir as características que melhor se enquadram a cada constituição de família, portanto, é imprescindível que as consequências sucessórias sejam diversas, caso contrário, não faz sentido a manutenção de institutos diferentes, já que terão as mesmas características e consequências jurídicas.²⁹

Essa reflexão alia-se à doutrina minoritária que entende pela impossibilidade de inclusão do companheiro no rol de herdeiros necessários, Luciana Pedroso Xavier e Marília Pedroso Xavier destacam o posicionamento do Ministro Edson Fachin na decisão que declarou inconstitucional o art. 1.790 do Código Civil. O ministro afirma: "Na sucessão, a liberdade patrimonial dos conviventes já é assegurada com o não reconhecimento do companheiro como herdeiro necessário, podendo-se afastar os efeitos sucessórios por testamento."³⁰

Portanto, diante da compreensão dos limites imanentes à liberdade de testar, considerando que não houve posicionamento expresso que questionou a constitucionalidade ou alterou a interpretação do art. 1.845 do Código Civil, a legítima possui vinculação direta e exclusiva ao rol trazido pelo legislador, o qual não contém o companheiro. Portanto, permitido ao titular do patrimônio que constituiu união

²⁹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento. Revista Consultor Jurídico, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

³⁰ XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário? In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 201;

estável retirar, por meio do testamento, os direitos sucessórios deste companheiro, ou ainda, em não havendo descendentes ou ascendentes, apenas companheiro, poderá utilizar-se do testamento para dispor da integralidade dos seus bens.

Ainda que diante de limitações iminentes à legislação civil, não se pode deixar de considerar as transformações jurisprudenciais e legislativas, especialmente diante das divergências doutrinárias sobre o assunto. Portanto, tendo em vista que a utilização do testamento produz efeitos somente com a morte do testador, ainda que ele utilize desse instrumento para retirar os direitos sucessórios do companheiro, ou dispor da totalidade dos bens, não há garantia de que após o seu falecimento sua vontade seja efetivamente garantida, já que a interpretação judicial não se vale apenas das limitações iminentes, mas também dos princípios vigentes no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a decisão já foi objeto de críticas:

O que se percebe, por fim, é que independentemente da (não) decisão quanto ao rol de herdeiros necessários, a liberdade e a autonomia privada estão limitadas, na seara da união estável, já que não se sabe sequer se testamento realizado retirando o direito de companheiros será válido futuramente e, ainda, não há qualquer outra possibilidade jurídica e legal de formar uma família no atual momento (seja por meio de casamento ou união estável) evitando consequências sucessórias em relação ao parceiro.³¹

A solução para este dilema talvez esteja no Projeto de Lei 3799/2019 que trata da alteração do livro V (Direito das Sucessões) do Código Civil Brasileiro e prevê a retirada do cônjuge do rol de herdeiros necessários, ou seja, tal alteração impactará consideravelmente não apenas na liberdade de testar do titular do patrimônio, a qual será ampliada, como também na desvinculação dos direitos sucessórios das relações conjugais³². Enquanto tal projeto de lei não é aprovado, permanecem as

³¹ SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. "A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada". Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020, p. 51.

³² SOBRAL, Luciane. "Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais". 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós

divergências doutrinárias e a utilização do Judiciário para decidir qual dos posicionamentos doutrinários merecem acolhimento de acordo com os casos concretos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que, no rol de direitos fundamentais, há previsão expressa do direito à liberdade, ao patrimônio, à vida privada e à herança e, uma vez que a liberdade de testar é um direito que agrupa todos esses direitos fundamentais, compreende a liberdade de testar também como direito fundamental e, como tal, possui limitações imanentes previstas no Código Civil, especialmente na figura da legítima.

O testamento é a disposição de última vontade que surtirá efeito tão somente com a morte do testador. Apenas se o testador não possuir herdeiros necessários é que poderá dispor da integralidade do seu patrimônio, ou seja, a vontade deste precisa estar em conformidade com as limitações legais impostas, uma vez que o direito à herança também merece proteção.

Após a decisão do STF pela inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil e pela rejeição dos embargos declaratórios opostos pelo IBDFAM, a doutrina não pacificou entendimento a respeito do companheiro integrar ou não, por analogia, o rol de herdeiros necessários. Acredita-se que, em aliança à corrente minoritária, que o companheiro não pode ser considerado herdeiro necessário, uma vez que as implicações dessa interpretação acarretariam inúmeras dificuldades, especialmente da análise do direito à liberdade. Isto porque, não haveria necessidade de dois modelos de constituição de família (casamento e união estável) e, prejudicaria o planejamento patrimonial e sucessório feito por casais.

Caso contrário, ao considerar o companheiro como herdeiro necessário, há uma restrição à liberdade de testar que não consta de forma imanente na legislação, já que o art. 1.845 do Código Civil não foi objeto de interpretação pelo STF bem como não sofreu alteração legislativa.

Por fim, conclui-se que a limitação do direito fundamental à liberdade de testar tem importância para assegurar outros direitos, especialmente o direito fundamental à herança aos herdeiros necessários; mas, ao mesmo tempo, não pode a limitação restringir de forma desproporcional a liberdade do titular do patrimônio, razão pela qual entende-se que o companheiro não pode ser considerado herdeiro necessário.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva, 5ª edição alemã, Malheiros Editores Ltda, junho/2012; título original Theorie der Grundrechte, cap. 6, p. 301-340.

BRASIL, Código Civil 2002, Lei 10.406/2002.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 10/05/2017. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário nº 878.694-MG, Relator: Ministro Roberto Barroso, decisão de 26/10/2018. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>> Acesso em: 27 jul. 2019.

DELGADO, A sucessão na união estável após o julgamento dos embargos de declaração pelo STF: o companheiro não se tornou herdeiro necessário. Migalhas, 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI291015,21048-A+sucessao+na+uniao+estavel+apos+o+julgamento+dos+embargos+de>> Acesso em 02 ago. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3 ed., São Paulo: Editorial Revista dos Tribunais, 2013, 702 p.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. Análise Econômica do Divórcio: contributos da economia ao direito de família. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. Seleção e tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, 171 p.

IBDFAM. Embargos de Declaração opostos no RE 878.694/MG. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/Peti%C3%A7%C3%A3o%20Embargos.pdf>> Acesso em 27 jul 2019.

LORENZETTO, Bruno Meneses; SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. "Uma análise crítica da decisão do STF no RE 878.694/MG sobre a sucessão do companheiro a partir da teoria da decisão de Ronald Dworkin." In Quaestio Iuris, vol. 12, nº 04, Rio de Janeiro, 2019, p. 247-265.

MADALENO, Rolf. "A Crise Conjugal e o Colapso dos Atuais Modelos de Regime de Bens". Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões. Porto Alegre, v. 25, p.5-31, dez./jan.2012.

MADALENO, Rolf. "Toque pessoal da vontade do autor da herança com sucessão planejada em vida". (Entrevista). Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. Edição 44, abril/maio 2019, p. 4.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Perspectivas para o Planejamento Sucessório. In TEIXEIRA, Daniele Teixeira. *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 279-294).

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, parte especial, tomo LVI, direito das sucessões, sucessão testamentária: testamento em geral... atualizado por Giselda Hironaka e Paulo Lôbo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, 731 p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "STF acabou com a liberdade de não casar ao igualar união estável a casamento". Revista Consultor Jurídico, 14 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-14/rodrigo-cunha-pereira-stf-acabou-liberdade-nao-casar>> Acesso em 27 jul. 2019.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. "Companheiros são herdeiros necessários ou facultativos?" Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-30/processo-familiar-companheiros-sao-herdeiros-necessarios-ou-facultativos>>. Acesso em set.2020.

SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. "O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal". SALGADO, Eneida Desiree; HACHEM, Daniel Wunder. *Direito, Liberdade e Justiça*. Curitiba: Íthala, 2017, p.11-59

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos humanos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHÄFER, Jairo. Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao unitário: uma proposta de compreensão. 3ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, 118 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2ª ed., 2010.

SOBRAL, Luciane. "Planejamento Sucessório: Ressignificação da autonomia privada e as restrições aos direitos fundamentais". 2019. 131 fls. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia do Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, Paraná.

SOBRAL, Luciane; BERBERI, Marco Antonio Lima. "A Inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: Reflexões sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal frente aos princípios da liberdade e da autonomia privada" In Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas Santo Ângelo, v. 20, n. 38, p. 37-52, set./dez. 2020.

TARTUCE, Flávio. "O companheiro como herdeiro necessário". In Migalhas. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/familia-e-sucessoes/284319/o-companheiro-como-herdeiro-necessario>> Acesso em set.2020.

XAVIER, Luciana Pedroso; XAVIER, Marília Pedroso. "O planejamento sucessório colocado em xeque: afinal, o companheiro é herdeiro necessário?" In TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 191-203.

13. A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/14)



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-13>

Robison Tramontina¹

Gabriele Ana Paula Schmitz²

RESUMO

O presente trabalho trata sobre a responsabilidade civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais frente ao art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) e a Constituição Federal Brasileira de 1988. A escolha do tema motiva-se pela sua contemporaneidade e pelo reconhecimento de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal (STF) ao assunto, consoante o Tema n. 927 deste Tribunal. A questão que orienta esta investigação é a seguinte: é possível afirmar que o art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), que condiciona a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica, é constitucional? Para responder a esta indagação o desdobramento argumentativo teve como base a seguinte trajetória: primeiro abordou-se o surgimento da Sociedade da Informação, com a indicação de todas as transformações pelas quais ela passou até chegar ao modelo em que se encontra; na sequência se fez uma análise do direito à privacidade, que está intimamente ligado ao tema Sociedade da Informação, por último analisou-se o Tema 987 do Supremo Tribunal federal, o art. 19 da Lei n. 12.965/2014 e decisões de Tribunais estrangeiros. Em termos de conclusão sustentou-se que, apesar de não ser possível afirmar qual será o deslinde que o STF dará ao caso, dada a importância do tema e a sensibilidade dos direitos postos em discussão, afigura-se essencial que o posicionamento adotado leve em consideração o direito comparado, bem como a relevância que o direito à liberdade de expressão e à vedação de censura tem no Brasil, sobretudo por se tratar de direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, no sentido que o art. 19 do Marco Civil da Internet

¹ Coordenador do Programa de Pós - Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC- CAPES 4). Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (CAPES 6). Professor de Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica e Teorias da Justiça. Atua na Linha de Pesquisa: Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos/Fundamentais e Teorias da Justiça. Os principais temas de pesquisa são: a) Teorias da Justiça; b) Justiça Distributiva e os direitos fundamentais; c) Filosofia da Segurança Social, d) Fundamentos filosóficos do Mundo do Trabalho e e) Obrigações Políticas. Revisor de diversos periódicos. ORCID: 0000-0002-1852-4983.

² Doutoranda no Programa de Pós - Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC- CAPES 4). Professora de Processo Civil na Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Advogada.

seja declarado constitucional. O método de pesquisa adotado foi o método dedutivo e como metodologia a pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Sociedade da informação. Privacidade. Marco Civil da Internet.

ABSTRACT

The present work deals with the civil liability of internet service provider, websites and social media application managers in face of art. 19 of the Marco Civil da Internet (Law nº 12.965/14) and the Brazilian Federal Constitution of 1988. The choice of the theme is motivated by its contemporaneity and by the recognition of the General Repercussion of the Supreme Federal Court (STF) to the subject, according to the Theme n. 927 of this Court. The question that guides this investigation is the following: it is possible to state that art. 19 of the Marco Civil da Internet (Law 12.965 / 14), which conditions the removal of a false profile or making the content identified as infringing only after a specific court order, is it constitutional? To answer this question, the argumentative development was based on the following trajectory: first, the emergence of the Information Society was approached, with an indication of all the transformations it underwent until it reached the model in which it finds itself; next, an analysis of the right to privacy was made, which is closely linked to the theme of the Information Society; finally, Theme 987 of the Federal Supreme Court, art. 19 of Law no. 12,965 / 2014 and decisions of foreign Courts. In terms of conclusion, it was argued that, although it is not possible to say what the STF will give to the case, given the importance of the topic and the sensitivity of the rights under discussion, it is essential that the position adopted take into account consideration the comparative law, as well as the relevance that the right to freedom of expression and the prohibition of censorship has in Brazil, mainly because they are fundamental rights inscribed in art. 5, item IX of the 1988 Federal Constitution, in the sense that art. 19 of the Marco Civil da Internet be declared constitutional. The research method adopted was the deductive method and bibliographic research as methodology.

Keywords: Information society. Privacy. Civil Framework of the Internet.

1 INTRODUÇÃO

O paradigma da Sociedade da Informação tem seus primórdios na década de 1940, período que ocorreu a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Esse conflito mundial, paradoxalmente, ocasionou sérias e graves violações aos direitos humanos, o que propiciou a edição documentos internacionais para a proteção dos direitos humanos, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), e o mesmo tempo, em diversos âmbitos, um intenso e gigantesco desenvolvimento

tecnológico³. Sendo assim, a Segunda Guerra Mundial deixou como legado importantes contribuições normativas, científicas e tecnológicas.

Além da herança acima mencionada, também é importante salientar que durante o conflito bélico se percebeu, de maneira clara e precisa, a importância da informação, do seu processamento rápido e do compartilhamento dela via redes. O desenvolvimento das redes informacionais nos Estados Unidos, Canadá e Japão abriram o caminho para a estruturação e consolidação da Sociedade da Informação⁴.

Um das principais características da Sociedade Informacional é o desenvolvimento de redes para o tráfego intenso e de quantidades enormes de informação, de todos os tipos e em diversas esferas, a matéria prima desse modelo associativo. À vista disso, a informação, após a Segunda Guerra Mundial, deixa de ser apenas um ativo bélico, tecnológico e científico, para se constituir também como patrimônio político, moral e comercial de todas as pessoas, físicas e jurídicas.

A ideia do predomínio da lógica de redes e da crescente convergência de tecnologia (CASTELLS, 2000), outras duas características da Sociedade da Informação, estimulam e justificam a criação da mais impactante, integrativa e prodigiosa rede, a internet. Gestada durante os anos 60, estruturada na década seguinte, consolidada nos anos 80, explode a partir dos anos noventa do século XX. A partir desse momento, tem-se a informatização plena da maior parte das sociedades ocidentais desenvolvidas ou em desenvolvimento (LEMOS, 2005).

No início do século XXI, surge uma nova fase da sociedade da informação, a era da conexão: popularização da internet, computação sem fio, massificação do uso dos telefones celulares, internet sem fio, aplicativos de todos os tipos, redes sociais (LEMOS, 2005; WEINBERGER, 2003). Conectividade é a palavra-chave. Estar conectado é estar no mundo, é ser e existir.

³ Para ilustrar: o primeiro computador do Mundo, ENIAC, começou a ser desenvolvido durante o período mencionado nos Estados Unidos. Foi utilizado basicamente para cálculos balísticos e tornou-se peça fundamental no desenvolvimento da bomba de hidrogênio. Na mesma época, também nos EUA, foi desenvolvido um meio de comunicação e de armazenamento de dados descentralizado chamado ARPANET, a origem da Internet.

⁴ Segundo Castells (2000), a Sociedade da Informação caracteriza-se pela: a) a informação é a matéria prima; b) alta penetrabilidade das novas tecnologias; c) predomínio da lógica de redes; d) flexibilidade (modificação por reorganização de componentes e alta capacidade de reconfiguração) e e) crescente convergência de tecnologia.

O ciberespaço, lócus criado pela expansão e popularização da internet, tornou-se com o tempo, por várias razões, o lugar onde quase tudo era possível, desde práticas democráticas e colaborativas até manifestações preconceituosas e ações ilícitas. Isto posto, criou-se a necessidade de regular a rede mundial de computadores. O tema da governança global da internet tornou-se uma preocupação na política de muitos Estados, entre eles o Brasil.

No cenário nacional, com o propósito de atender essa demanda foi publicada a Lei n. 12.965/2014, nominada "Marco Civil da Internet". Ele é originário de consulta pública feita na rede de computadores durante o ano de 2009 e tramitou no Congresso Nacional entre os anos de 2011 a 2014. Sua relevância e impacto pode ser medida pela recepção calorosa de diversos especialistas pelo mundo e sua influência em outras legislações, especialmente, a italiana. Trata-se de uma lei que visa regular o acesso à Internet no Brasil, bem como suas consequências.

Contudo, muitas controvérsias também surgiram. Uma delas relaciona-se ao Art. 19 da Lei n. 12.965/2014. O referido dispositivo trouxe a previsão de reserva de jurisdição para retirada de conteúdo de terceiros da rede mundial de computadores, imputando responsabilidade civil subjetiva aos provedores de internet somente nos casos em que seja verificada inércia perante ordem judicial que determine a exclusão de conteúdo da rede mundial de computadores. Esse dispositivo foi objeto de Repercussão pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que, no tema 987, irá analisar sua constitucionalidade.

É a partir da leitura do art. 19 da lei n. 12.965/2014 e da Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito à privacidade, que se constrói a problemática desta pesquisa que é verificar a constitucionalidade da reserva de jurisdição para retirada de conteúdo de terceiros pelos provedores de internet.

O desdobramento argumentativo percorrerá as seguintes etapas: no primeiro momento serão apresentadas as transformações pelas quais a Sociedade da Informação passou desde o seu surgimento em 1945 até aos dias atuais, a fim de poder esclarecer seu conceito e quais foram os motivos que impulsionaram sua criação e transformação; na sequência será abordado o direito à privacidade, com seu conceito, fundamentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro e quais os contornos que ele ganha na Sociedade da Informação, com especial atenção à sua

fragilidade quando em colisão com o direito à informação e, por fim, serão apresentados os argumentos que fundamentam a problemática, a fim de possibilitar que se responda o problema de pesquisa que é verificar se o art. 19 do Marco Civil da Internet é constitucional ou não.

2 A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Entre os anos de 1939 a 1945, o mundo passou por um dos episódios históricos mais marcantes de todos os tempos, a Segunda Guerra Mundial. A guerra foi marcada por atos que, apesar de legitimados pelos governos, representavam um total desrespeito aos direitos humanos, a exemplo do Holocausto, que ocorreu na Alemanha e resultou na morte de cerca de 6 milhões de judeus.

Entretanto, apesar da forma como a guerra foi conduzida e das milhares de vidas que foram brutalmente exterminadas, há um fato que não pode ser negado: a guerra trouxe grandes avanços nas áreas da saúde, da segurança, da tecnologia, entre outras.

No campo da tecnologia, que é o tema ora proposto, uma vez que se fala da sociedade da informação, uma das contribuições que a Segunda Guerra Mundial proporcionou foi a criação de sistemas de informação desenvolvidos pelos países que tinham como objetivo melhorar a sua defesa e tornarem-se menos vulneráveis (MASUDA, 1982).

O Primeiro estágio da evolução da sociedade da informação teve início em 1945 e durou até 1971. Em 1945 os sistemas ainda eram extremamente rudimentares e pouco difundidos, pois estavam apenas em fase de criação e desenvolvimento e os custos eram extremamente elevados. Foi a partir da década de 1970 que essas tecnologias se difundiram e passaram a ser utilizadas em várias partes do mundo e quem contribuiu de forma crucial para essa difusão da sociedade da informação foi o Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América – EUA. Os EUA tinham o desejo de tornar seus sistemas menos vulneráveis aos ataques nucleares e então passaram a desenvolver ferramentas que pudessem auxiliar na segurança nacional e uma delas foi a internet que acabou se transformando num dos mais importantes avanços tecnológicos.

O impacto causado pelo surgimento da sociedade da informação e, em especial, pela invenção da internet foi tão grande que acabou gerando reflexos até mesmo no modo de produção até então adotado. Até 1970 toda a base do sistema produtivo da sociedade era a mão de obra, considerada a principal ferramenta de trabalho disponível. No entanto, após a década de 1970, o modelo de produção entra em transição e a mão de obra passa para a ser coadjuvante, cedendo lugar à tecnologia da informação, que vai servir como base da Sociedade da Informação.

Essa nova formatação dos modos de produção apresenta algumas características que lhe são peculiares, tais como: a) a informação como matéria prima; b) penetrabilidade dessas novas tecnologias, que passam a moldar alguns processos da existência das pessoas; c) lógica das redes, que permitem que todos os sistemas organizacionais se adaptem facilmente; d) flexibilidade, que permite a reversão dos processos, bem como a sua modificação e e) a grande capacidade de integração dos sistemas. (CASTELLS, 1999)

É difícil mensurar todas as consequências da implantação desse novo modelo, mas uma delas é inegável: a Sociedade da Informação, que tem como base o intelecto das pessoas e que possibilita o desenvolvimento da criatividade, substituiu a sociedade industrial, marcada pela produção em massa.

Todas essas mudanças acabam refletindo também na economia mundial, pois esse novo modelo vai exigir melhorias na educação, em virtude de que, com o desenvolvimento intelectual das pessoas e o maior acesso à informação, a qualidade da educação também melhora e o surgimento de novas oportunidades de trabalho, agora com foco na criatividade e na possibilidade de planejamento do futuro (MASUDA, 1982).

Para que se possa de fato compreender as consequências práticas oriundas da mudança da sociedade de produção para a sociedade da informação é preciso ter claro os motivos que levaram a primeira a tornar-se obsoleta.

No modelo de produção adotado até 1970, que era o de produção em massa, as empresas, em geral, possuíam linhas de produção padronizadas, ou seja, eram produzidos sempre os mesmos bens e os trabalhadores eram treinados para exercer atividades estritamente mecânicas que seriam repetidas ao longo de toda jornada. Entretanto, com a abertura do mercado mundial, aumentou a busca por produtos

diversificados, o que tornou insuficiente o modo de produção que até então vinha sendo adotado, isso porque a produção em massa era pensada para produzir sempre os mesmos produtos, o que não permitia às empresas acompanhar a nova demanda por novidades (CASTELLS, 1999).

Uma alternativa à crescente demanda por novos bens de consumo foi a adoção de um sistema de produção flexível, capaz de atender as novas demandas e de superar o modelo tradicional de produção. Essa nova demanda por produtos diversificados é consequência da recém surgida economia informacional que é fruto da Sociedade da Informação. Tal afirmação se justifica pelo fato de que com a difusão das informações, as influências de consumo passam a ser exercidas em todos os países do planeta, o que acaba criando "[...] uma estrutura de referências multiculturais" (CASTELLS, 1999, p. 209).

O maior impacto dessa mudança nos meios de produção foi sentido pelas empresas que tiveram que se reorganizar e abandonar a forma como vinham operando, pois, do contrário, não conseguiriam se manter no mercado, já que com a Sociedade da Informação e com a intensa busca por novidades o consumidor não se contenta mais em adquirir sempre os mesmos bens. Agora o consumidor busca novidades (CASTELLS, 1999).

Outra consequência da mudança no modo de produção foi o surgimento de uma nova economia global que demandava a redução de custos, o aumento da competitividade e da produtividade, o que acabou culminando na crise dos anos 1970, sobretudo pelo fato de que as pequenas empresas não conseguiram se adequar a essa nova estrutura organizacional alavancada pela Sociedade da Informação (CASTELLS, 1999).

Em suma, esse período, chamado de segunda fase da Sociedade da Informação, foi marcado pela crise do modo de produção e pela reinvenção da lógica organizacional das empresas, que sofreu sensíveis alterações impulsionadas pelos avanços tecnológicos (CASTELLS, 1999).

É claro que não foi fácil para as empresas absorver essa nova demanda, mas aquelas que realmente desejavam se manter no mercado e continuar competitivas teriam que desenvolver novas estratégias. Foi a partir dessa necessidade que surgiu uma nova fase da Sociedade da Informação, agora focada no desenvolvimento da

gestão empresarial, já que as alterações nos métodos de gerenciamento passaram a demandar mão-de-obra multifuncional e um rígido controle de qualidade dos produtos (CASTELLS, 1999).

É nesse contexto que surge no Japão um novo modelo gerencial, denominado "Toyotismo". Esse modelo é todo voltado para as novas necessidades do mercado e ele se destacou, sobretudo, porque tem como foco principal a troca de conhecimento e a multifuncionalidade dos trabalhadores, o que até então estava totalmente fora da realidade das empresas.

As principais características do "Toyotismo" são: a) o fim de estoques, já que agora o mercado demandava uma grande variedade de produtos, que rapidamente seriam substituídos pelas novidades; b) controle rígido na qualidade; c) trabalho de produção em equipe; d) maior autonomia decisória aos trabalhadores; e) recompensa pelo bom desempenho das atividades e f) redução de incertezas. (CASTELLS, 1999)

O desenvolvimento da Sociedade da Informação não parou por aí. Por volta de 1970, começa o terceiro estágio, chamado social, que se desenvolve no final nos anos setenta e se estende até os anos noventa do século XX. Esse novo estágio preconiza a utilização da Sociedade da Informação para a resolução de problemas sociais, um exemplo é a criação de sites pelos governos, com o intuito de angariar maiores informações sobre as necessidades da população e, até mesmo, para disponibilizar alguns serviços pela internet.

A quarta fase da Sociedade da Informação preocupa-se em atender as necessidades individuais dos usuários do sistema. Essa quarta fase é facilmente percebida nos dias atuais, em especial por meio das redes sociais, que buscam conectar pessoas do mundo inteiro, que sequer precisam se conhecer para ser amigos virtuais. Outro fenômeno importante dessa fase é a criação de sites de venda de bens e serviços, entre outros.

Essas quatro fases do desenvolvimento da Sociedade da Informação apresentam uma característica muito peculiar: não são excludentes. Isso significa dizer que todas elas podem coexistir. A Sociedade da Informação, a cada etapa do seu desenvolvimento, foi ganhando novos sentidos sem, contudo, abandonar aquilo que já havia sido conquistado, pois, ao se analisar o modo de produção, as

estratégias empresariais, o desenvolvimento das relações sociais e individuais, é possível verificar que são reflexos do surgimento da Sociedade da Informação que está em plena ascensão.

Com o incremento das novas tecnologias é possível que no futuro possam surgir novas fases da Sociedade da Informação, especialmente porque esta é uma área onde há muito investimento e é extremamente lucrativa, o que desperta a atenção de investidores que buscam sempre estar a frente e ofertar algo novo aos consumidores que, por sua vez, anseiam por novidades.

Ao analisar toda a trajetória evolutiva da Sociedade da Informação verifica-se que ela teve sua gênese durante a Segunda Guerra Mundial, em virtude do grande desejo dos países de avançar nas formas de proteção, garantindo maior segurança às nações. Contudo, a criatividade humana viu, na Sociedade da Informação, outras inúmeras utilidades, o que a levou a um estágio de constante desenvolvimento, onde é possível se vislumbrar seus impactos no campo empresarial, com a mudança do modo de produção; social, com o incremento das políticas públicas; e individual, voltadas as necessidades do indivíduo.

3 A PRIVACIDADE

A noção de privacidade é anterior à Sociedade da Informação. Seu surgimento coincide com o fim da Sociedade Feudal e com a ascensão da burguesia (por volta do século XVIII). Os burgueses impulsionados pela melhora das suas condições econômicas passaram a adquirir casas e pertences, o que foi decisivo para a criação dos espaços privados (RODOTÁ, 2008).

Com o surgimento da Sociedade da Informação a noção de privacidade, que já existia, ganhou novos contornos, em especial porque desde o princípio já era possível se vislumbrar uma clara colisão entre dois direitos fundamentais: o direito à privacidade e o direito à informação (MASUDA, 1982)

Conforme já abordado no item anterior, a base de toda a Sociedade da Informação é justamente a informação. No período de desenvolvimento gerencial (quarta fase do desenvolvimento da Sociedade da Informação) começou o desenvolvimento de sistemas de informação, que eram ferramentas empregadas

pelas entidades privadas para coletar, manter e controlar dados pessoais (MASUDA, 1982). É bem claro que, de um lado há o desenvolvimento de uma série de ferramentas que buscam angariar informações e de outro lado há o direito dos indivíduos de ter sua privacidade respeitada.

Conceituar a categoria privacidade também não é tarefa fácil, haja vista as inúmeras noções que podem ser encontradas. Contudo, para este trabalho a privacidade será empregada como toda e qualquer informação (hábito, nome, origem, profissão, entre outros) que o indivíduo deseja que seja mantida sob seu controle e que não seja revelada ao público (EFING, 2001). Com base nesse conceito, compreende-se que qualquer informação que fuja ao controle da pessoa representará uma violação ao seu direito à privacidade.

No intuito de proteger o direito à privacidade, o ordenamento jurídico brasileiro, traz alguns dispositivos legais que visam garantir o direito à indenização decorrente da violação de tal direito, a exemplo do art. 5º, inciso X da Constituição Federal. Por outra lado, o direito à informação, que está estampado nos incisos XIV e XXXIII da Constituição Federal também é protegido.

Inobstante a proteção de ambos os direitos (privacidade e informação), a velocidade na difusão das informações propiciada pela Sociedade da Informação, acentua ainda mais a colisão entre estes dois direitos fundamentais o que, de certa forma, torna mais frágil e vulnerável o direito à privacidade.

Rodotá (2008) alerta para esta fragilidade do direito à privacidade. Segundo ele, a grande oferta de informações disponível leva as pessoas, ou até mesmo grupos, a se apoderarem delas para uso no campo social e político. Para agravar ainda mais a situação, as formas de controle que eventualmente são desenvolvidas não conseguem acompanhar o rápido avanço tecnológico, ocasionando uma defasagem entre avanço e controle da manipulação das informações pelas novas tecnologias. Por exemplo, quando um indivíduo fornece seus dados, ele torna possível que os gestores se apropriem desses dados e a partir deles formem perfis de consumo, perfis de eleitores ou até mesmo que vendam os dados àqueles que têm interesse pelas informações. Enfim, há a perda do controle sobre os dados pessoais.

O que se pode perceber claramente é que os indivíduos que se utilizam da informática e da telemática não possuem segurança acerca da proteção de suas informações, isso porque ainda não existem regras claras nesse sentido, o que tem levado inúmeras empresas a criar seus próprios códigos de segurança.

No entanto, quando as informações estão em poder de terceiros, o indivíduo fica sem poder controlar o seu uso, o que pode e muitas vezes vai desencadear uma violação à liberdade e à privacidade, a exemplo da divulgação de informações sobre a origem, saúde ou até mesmo o comportamento da pessoa que podem gerar discriminação social (MASUDA, 1982).

O problema em questão agora é como garantir a privacidade num mundo onde a informação é a principal mercadoria? Ao adquirir um produto ou serviço, o indivíduo é obrigado a fornecer uma série de informações que, apesar de serem essenciais para o acesso ao produto ou serviço, também podem ser utilizadas para outros fins, a exemplo da sua venda a terceiros, interessados em desenvolver perfis de consumo. (RODOTÁ, 2008)

Ao fornecer seus dados, mesmo se dar conta disso, o indivíduo está permitindo que o receptor passe a controlar as informações fornecidas a seu respeito, o que terá como consequência a perda da autodeterminação em relação aos seus dados. (RODOTÁ, 2008)

Rodotá (2008, p. 78-79) se manifesta no sentido de que há uma tendência atual de que as informações ligadas ao consumo são gerais, portanto, sua divulgação, a princípio, não ofenderia a privacidade, isso porque elas não estariam inseridas dentro do "núcleo duro" da privacidade. O autor justifica seu entendimento sob o argumento de que, com o acesso às informações e com a formação de perfis de consumo, fica mais fácil colocar à disposição das pessoas aquilo que elas procuram, proporcionando que tenham suas necessidades atendidas de forma imediata.

Contudo, essa ideia manifestada por Rodotá (2008) encontra sérias divergências, a exemplo de Efig (2001, p. 59) cujo entendimento é no sentido de que, ao divulgar informações sem o consentimento do indivíduo a que se referem, o detentor das informações está incorrendo na violação do direito à privacidade.

Uma saída para esse problema pode estar na ideia de Rodotá (2008) que sugere a classificação das informações segundo o princípio da finalidade. Então, para saber se houve ou não violação da privacidade é preciso verificar qual foi a finalidade do fornecimento da informação.

Em que pese as divergências apresentadas, não há como negar o fato de que, muitas vezes, o próprio indivíduo entrega ao receptor suas informações, dando-lhe maiores condições de disseminá-las. Por exemplo, toda vez que para adquirir um produto ou serviço, o consumidor fornece seus dados, ele está concedendo, ainda que sem se dar conta, ferramentas para que o fornecedor possa rastreá-lo e utilizar essas informações como estratégia de mercado.

É nesse contexto que Rodotá (2008) desenvolve a ideia de transformação da Sociedade da Informação para a Sociedade de Vigilância, sendo esta exatamente a sociedade em que o indivíduo está, a todo o momento, sendo rastreado e não é mais capaz de controlar as informações a seu respeito. O objetivo da Sociedade de Vigilância não é intimidar o indivíduo, mas sim encorajá-lo a consumir mais e oferecer-lhe os bens de consumo que deseja. Ou seja, essa "vigilância" decorre do desejo da sociedade capitalista de promover o consumo e, consequentemente, aumentar o acúmulo de capital. (DUPAS, 2001)

O indivíduo, por sua vez, não pode ficar refém da Sociedade de Vigilância. Para a proteção das pessoas, alguns direitos são reconhecidos, como: a) o direito de se opor à coleta e circulação de informações (direito de oposição); b) o direito de não saber, de não receber informações indesejadas; c) o direito ao esquecimento, que significa a destruição das informações quando sua finalidade já foi atingida. Em cada situação concreta será necessário avaliar de que forma o direito será tutelado, haja vista que há um conjunto de regras que buscam tutelar o direito à privacidade. (RODOTÁ, 2008)

O que se pode concluir é que a Sociedade de Informação reforça, ainda mais, a necessidade de proteção da privacidade que, apesar de ter seu núcleo ligado à tradicional ideia de privacidade, vem sendo entendida como um direito fundamental que pertence à pessoa cuja informação deriva e não àquela que é proprietária da informação, ou seja, o indivíduo tem o direito de privacidade até mesmo quanto a

informações que pertencem a terceiros que as compraram, pois onde quer que estejam, as informações são pessoais.

A privacidade, sem dúvidas, passa a ter novos contornos com a ascensão da Sociedade da Informação: deixa de representar apenas o direito de ser deixado só, para abarcar o controle das informações pessoais, já que a informação é, agora, uma das maiores riquezas do mercado. (RODOTÁ, 2008)

Sendo o direito à privacidade um direito fundamental, ele não pode ser tratado como mercadoria, ou seja, o indivíduo não pode colocá-lo a venda no mercado e trocá-lo por uma soma em dinheiro e tampouco pode se admitir que seja impedido de controlar as informações a seu respeito quanto ela está em poder de terceiros.

Há uma forte tendência de que o mercado utilize a internet para coletar informações que serão empregadas na criação de estratégias de consumo cada vez mais personalizadas.

O indivíduo deixou de ser visto como um ser humano e passou a ser visto como um consumidor e a internet deixou de ser apenas um espaço cívico que coopera para a formação cívica das pessoas, para passar a ser um espaço voltado para o consumo, onde as pessoas são instigadas, a todo momento, a consumir.

Na verdade, a internet acaba oferecendo às pessoas uma quantidade infindável de bens e serviços, que são enviados para seus *e-mails*, que aparecem nas janelas de pesquisa na internet, tudo já de acordo com o perfil daquele determinado consumidor, o que acaba violando dois direitos: o direito à tranquilidade e o direito de não saber. (RODOTÁ, 2008)

Além disso, o prestígio que o mercado tomou, por ser uma das formas de organização e distribuição de bens, acabou refletindo na vida em sociedade, tanto que não são apenas os bens materiais que estão no mercado. Hoje, vemos questões que dizem respeito à própria vida das pessoas sendo comercializadas, a exemplo do que ocorre com os artistas que tem dados da sua vida privada sendo vendidos e divulgados a todo o momento (SANDEL, 2012).

Apesar de todas as facilidades que a internet proporciona, a exposição que a internet propicia gera alguns problemas na vida em sociedade. Um deles é a discriminação, decorrente dessa ditadura do consumo que é propagada pela internet, já quanto mais a pessoa pode consumir maior o seu valor na sociedade e mais

acentuadas ficarão as desigualdades sociais. Aqueles que detêm dinheiro terão uma vida bem mais confortável e digna do que aqueles que não dispõem de recursos financeiros para acessar bons serviços de saúde, de educação, segurança, etc. (SANDEL, 2012)

Outro fator importante é a atual preocupação dos mercados apenas com a circulação de bens e mercadorias, com o lucro, esquecendo os valores morais e éticos daquilo que está sendo colocado à venda. Ou seja, o mercado não se preocupa com valores morais e éticos, mas sim com as transações, ficando a cargo de cada indivíduo decidir quais são os valores dos objetos colocados no mercado. (SANDEL, 2012)

A Sociedade da Informação acaba tendo um grande impacto no âmbito das relações comerciais, isso porque gera maior eficiência e qualidade na prestação de serviços, pois buscando na internet é possível que se encontrem os mais diversos serviços e produtos, bem como as avaliações destes. Mas, em contrapartida, há a abertura de um grande espaço para a publicidade agressiva e para a invasão da privacidade das pessoas, a exemplo das operadoras de telefone que ligam nos celulares dos clientes oferecendo serviços, dos *e-mails* enviados pelas empresas, entre outros.

Além disso, há um sério risco de que a sociedade passe a ser controlada, a exemplo do que Rodotà denomina de “Sociedade da Vigilância”. Esse controle dos indivíduos permite que o homem seja controlado pelo Estado e pelo Capitalismo que, cada vez mais, lhe impõe a ditadura do consumo.

Com o avanço da Sociedade da Informação o direito a privacidade fica cada vez mais fragilizado e os indivíduos acabam se tornando reféns, pois não possuem meios suficientes para assegurar a proteção de sua esfera privada, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro prevê apenas a possibilidade de reparação financeira quando a violação do direito já ocorreu.

É partir dessas dificuldades que surgem com a disseminação de informação em massa que surge a problemática que será abordada no tópico seguinte: verificar a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14), que condiciona a retirada de perfil falso ou tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente somente após ordem judicial específica.

4 O ART. 19 DO MARCO CIVIL DA INTERNET (LEI Nº 12.965/14) FRENTE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No Brasil foi publicada a Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014, que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. A lei é conhecida como o “Marco civil da Internet”. A lei, em termos gerais, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres a serem observados por provedores e usuários dos serviços de internet e foi dividida nos seguintes capítulos: Capítulo I: princípios a serem observados no uso da internet por todos os agentes envolvidos; Capítulo II: direitos e garantias dos usuários; Capítulo III: provisão de conexão e de aplicações de internet; Capítulo IV: atuação do Poder Público e Capítulo V: disposições finais.

A Lei n. 12.965 não tem cunho penal, por isso não é possível encontrar no texto legal qualquer menção a eventual responsabilização penal dos agentes envolvidos. Há somente a previsão de responsabilização cível dos provedores de internet nos casos em que seja verificada inércia perante ordem judicial que determine a retirada de conteúdo da rede mundial de computadores⁵.

O “caput” do Art. 19 do Marco Civil da Internet invoca a liberdade de expressão e a proibição à censura, como fundamentos para justificar a retirada de conteúdo gerado por terceiro somente após ordem judicial específica. Dessa previsão

⁵ Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

decorrem inúmeros embates jurídicos, a ponto de o tema ter sido levado até a Corte Constitucional por meio do Tema n. 987, onde se discute a constitucionalidade deste artigo da lei. Ao tema foi atribuída repercussão geral, instituto processual cujo fundamento legal se encontra nos Arts. 102 § 3º da Constituição Federal de 1988 e 1.035 e 1.036 do Código de Processo Civil (CPC).

A discussão em torno do art. 19 teve sua repercussão geral reconhecida no julgamento do Recurso Extraordinário 1.037.396, oriundo de São Paulo, cuja relatoria é do Ministro Dias Toffoli, onde o Recorrente é o Facebook Serviços Online Do Brasil Ltda. e a Recorrida é Lourdes Pavioto Correa.

No primeiro grau de jurisdição, tratava-se de uma ação de obrigação de fazer cominada com pedido de indenização ajuizada por Lourdes Pavioto Correa frente ao *Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.* Nela, o Juiz singular proferiu sentença de parcial procedência para condenar o *Facebook* a excluir perfil falso criado em nome da autora e a fornecer informação referente aos dados de IP (*internet protocol*) do computador a partir do qual produzido o perfil.

Inconformada com a decisão de primeiro grau, Lourdes Pavioto Correa interpôs Recurso Inominado destinado a Segunda Turma do Colégio Recursal de Piracicaba, Estado de São Paulo, que reformou parcialmente a decisão impugnada. A Segunda Turma condenou o *Facebook* a indenizar a Lourdes por danos morais decorrentes da sua inércia na tomada de providências em relação ao perfil falso e também por não disponibilizar meios que possibilitassem à ofendida ver retirada a página enganosa.

No Recurso Extraordinário, dentre os argumentos levantados por Lourdes, estava a alegação de que o artigo 19 da Lei nº 12.965/2014 é lesivo à liberdade de expressão, bem como ao direito básico do consumidor à efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais e coletivos difusos. Ressaltou que o dispositivo incentiva posição de inércia dos provedores diante da parte ofendida em virtude de violação da intimidade, vida privada, honra e imagem, articulando incompatibilidade com o artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal.

O *Facebook*, por sua vez, defende a constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet, fundado na vedação à censura, na liberdade de expressão e na reserva de jurisdição, sustentando que somente seria possível se cogitar a

responsabilidade civil do provedor de aplicações de internet por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros após ordem judicial específica. Além disso, justifica sua tese na dimensão coletiva do direito à informação, no sentido de permitir que os indivíduos e a comunidade sejam informados sem censura.

O Tema 987 ainda não foi julgado pelo STF, o que impede que aqui seja abordada a visão do Tribunal sobre a questão, no entanto, essa discussão transborda as fronteiras e ocupa espaço dos Tribunais Constitucionais de diversos países que enfrentam a mesma problemática.

O Conselho Constitucional da França, na Decisão 2004-496 DC, definiu que um “host” da internet não incorre em responsabilidade civil ou criminal simplesmente por não remover informação denunciada por terceiro como ilegal, mas apenas quando a natureza ilegal é manifesta ou a remoção do conteúdo tiver sido determinada por ordem judicial. (BRASIL, 2020)

O Tribunal da Califórnia decidiu que o Twitter Inc. possui imunidade em relação à responsabilização pelo discurso de terceiros, de acordo com a seção 230 (c) da CDA. Por isso, não poderia ser responsabilizado por permitir que membros do Estado Islâmico tivessem contas no aplicativo. (BRASIL, 2020)

No julgamento do caso *Shreya Singhal v. Union of India*, em 2015, a Suprema Corte da Índia julgou inconstitucional o dispositivo Seção 66A da Lei de Tecnologia da Informação de 1999, por violar a liberdade de expressão garantida pelo Artigo 19 (1) (a) da Constituição da Índia e decidiu que os provedores seriam obrigados a retirar o conteúdo da internet apenas após receber ordem judicial ou de uma autoridade governamental. (BRASIL, 2020)

Ao analisar o caso *Google and The Clinic*, em 2016, a Suprema Corte do Chile considerou impossível atribuir um dever de supervisão aos provedores pelo conteúdo postado por terceiros. A Corte da Colômbia anulou a sentença e concluiu, em resumo, que: o ordenamento colombiano proíbe a censura em todas as formas de expressão e difusão de pensamento e opinião das pessoas e determinar que a Google elimine o conteúdo sem exigir previa ordem judicial equivaleria a uma autorização da censura na internet. (BRASIL, 2020)

Na Decisão 2015/76, proferida em 2017, a Corte Constitucional da Turquia decidiu que a administração pode ter o poder de bloquear de ofício o acesso a sites

dedicados exclusivamente a cometer ou promover crimes como pornografia infantil. Por outro lado, quando os sites ou aplicativos são usados principalmente ou destinados à comunicação em massa, mas contêm conteúdo criminal, é necessária aprovação judicial para bloquear o acesso a esses sites. (BRASIL, 2020)

A Corte Superior da Inglaterra e Wales (Queen's Bench Division) entendeu que operadores de busca não são considerados editores na *common law*, independentemente de serem ou não notificados da ocorrência de publicação com conteúdo difamatório. A situação dos operadores de busca também não é equivalente à dos ISP (internet service providers), já que não possuem controle sobre os termos de busca usados e o processo de publicação automatizado. (BRASIL, 2020)

A Corte de Apelação de Paris considerou que um mecanismo de pesquisa não tinha o dever de avaliar a legalidade do site indexado. Para o Tribunal, na medida em que envolve um robô de indexação e não cria nem hospeda as informações contestadas, o Google não estava sujeito a nenhuma ação automática ou obrigação de realizar o monitoramento. Além disso, tendo em vista o volume considerável de informações que chegam diariamente aos sites da internet, o operador do mecanismo de pesquisa não conseguiu analisar o conteúdo disponibilizado aos usuários por meio de seus índices. (BRASIL, 2020)

Dos casos acima abordados, o que se verifica é que há uma tendência em privilegiar a liberdade de expressão e a vedação há censura, mantendo-se a reserva de jurisdição para provedores de aplicações de internet retirarem da rede mundial de computadores conteúdo gerado por terceiros. Inclusive, na justificativa do Projeto de Lei - PL 2126/2011, que deu origem à Lei n.12.965/2014, fica claro que a intenção do legislador foi no sentido de consagrar a liberdade de expressão e a vedação à censura, consoante o trecho a seguir extraído do PL 2126/2011:

No terceiro capítulo, ao tratar da provisão de conexão e de aplicações de internet, o anteprojeto versa sobre as questões como: o tráfego de dados, a guarda de registros de conexão à Internet, a guarda de registro de acesso a aplicações na rede, a responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros e a requisição judicial de registros. As opções adotadas privilegiam a

responsabilização subjetiva, como forma de preservar as conquistas para a liberdade de expressão decorrentes da chamada Web 2.0, que se caracteriza pela ampla liberdade de produção de conteúdo pelos próprios usuários, sem a necessidade de aprovação prévia pelos intermediários. A norma mira os usos legítimos, protegendo a privacidade dos usuários e a liberdade de expressão, adotando como pressuposto o princípio da presunção de inocência, tratando os abusos como eventos excepcionais.

Não é possível afirmar qual será o deslinde que o STF dará ao caso, no entanto, dada a importância do tema e a sensibilidade dos direitos postos em discussão, afigura-se essencial que o posicionamento adotado leve em consideração o direito comparado, bem como a relevância que o direito à liberdade de expressão e à vedação de censura tem no Brasil, sobretudo por se tratar de direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988, no sentido que o art. 19 do Marco Civil da Internet seja declarado constitucional.

CONCLUSÃO

A Sociedade da Informação teve sua gênese em 1945 e passou por quatro fases, sendo que nenhuma delas foi totalmente superada. A principal contribuição desse novo sistema é, sem dúvidas, a substituição da sociedade industrial, marcada pela produção em massa, por uma sociedade intelectual, que tem como base a informação.

A importância dada à informação traz uma série de consequências e, dentre elas, está a forma como será tratado o direito à privacidade, uma vez que é possível verificar a colisão entre o direito à informação e o direito à privacidade.

Foi possível perceber que existem inúmeras formas de proteção do direito à privacidade, contudo, na maioria das vezes, a proteção é apenas ressarcitória e não preventiva, o que significa dizer que, ante a dificuldade de controlar o uso da informação, restará apenas o ressarcimento pecuniário pelos abusos cometidos.

Analisando o Tema 987 do STF e as decisões proferidas por Tribunais estrangeiros sobre o tema foi possível constatar que a questão reside na colisão

entre o direito à liberdade de informação e a vedação da censura em contraponto à privacidade.

Em termo de conclusão sustentou-se que intenção legislativa por trás do art. 19 da lei do Marco Civil da Internet foi privilegiar o direito à liberdade de informação, vedando a censura, com base nessa informação e em julgados internacionais sustentou-se que, em que pese o tema ainda estar pendente de julgamento pelo STF afigura-se essencial que o posicionamento adotado leve em consideração o direito comparado, bem como a relevância que o direito à liberdade de expressão e à vedação de censura tem no Brasil, sobretudo por se tratar de direitos fundamentais insculpidos no art. 5º, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 21/09/2020.

BRASIL. Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/30054611/do1-2014-04-24-lei-n-12-965-de-23-de-abril-de-2014-30054600>. Acesso em: 20/09/2020

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/09/2020

BRASIL. **Ministério da Indústria Comércio e Serviços**. Agenda brasileira para a Indústria 4.0: o Brasil preparado para os desafios do futuro. Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/>>. Acesso em: 20/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de Biblioteca (org.). **Responsabilização civil de provedores por conteúdo ilícito gerado por terceiros**: bibliografia, legislação e jurisprudência temática. Brasília, 2020. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBiblioteca/anexo/ResponsabilidadeCivil_0525_Edipe5.pdf. Acesso em: 22 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tema**

987. Discussão sobre a constitucionalidade do art. 19 da Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que determina a necessidade de prévia e específica ordem judicial de exclusão de conteúdo para a responsabilização civil de provedor de internet, websites e gestores de aplicativos de redes sociais por danos decorrentes de atos ilícitos praticados por terceiros. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5160549&numeroProcesso=1037396&classeProcesso=RE&numeroTema=987>. Acesso em: 21/09/2020.

CASTELLS, M. (1999). **A Sociedade em Rede**. Volume I. 8ª edição revista e ampliada. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

DUPAS, GILBERTO. **Ética e poder na sociedade da informação**. São Paulo: Unifesp, 2001.

EFING. Antônio Carlos. **Bancos de dados e cadastro de consumidores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEMOS, André. **Cibercultura e Mobilidade. A Era da Conexão**. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/pdfs/140429770509861442583267950533057946044.pdf> . Acesso em 20/09/2020.

MASUDA. Yoneji. **A sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Renovar, Rio de Janeiro, 2008,

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

WEINBERGER, D. **Why Open Spectrum Matters: The end of the broadcast nation**. Disponível em: in <http://www.evident.com>. Acesso: 30/09/2020.

14. DIREITO À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA: ESTUDO SOBRE O DIREITO DA PERSONALIDADE A PARTIR DA ANÁLISE DO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-14>

Geysa Azevedo¹

RESUMO

O trabalho forçado é a coerção de uma pessoa para realizar certos tipos de trabalho e a imposição de uma penalidade caso esse trabalho não seja feito; o trabalho degradante deve ser entendido pela conjugação de dois fatores: um factual, outro axiológico: o factual decorre da adequação de uma relação de trabalho concreta à disciplina legal incidente sobre tal relação, ou seja, o cumprimento pelo empregador dos direitos mínimos fixados pela legislação; o axiológico decorre do respeito ao conceito de dignidade humana, entendida como a conjunção dos valores de liberdade e de igualdade e vida. O “trabalho em condições análogas às de escravo” (trabalho degradante); paralelamente a isso foi regulamentado por Normas Internacionais que numa relação de trabalho é inadmissível o uso de violência ou intimidação usando de práticas como a servidão por dívidas, retenção de documentos de identidade, ameaças de denúncia às autoridades de imigração, entre outros (trabalho forçado). Portanto, a violação dos direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, integridade física e psíquica e demais garantias bastante validadas em todo ordenamento jurídico se tornam aparentes nessa demarcação jurídica e também social. É o desprestígio do tipo de trabalho que gera/incita/induz à escravidão; inúmeras são as causas que impulsionam o homem a sobrepujar sua força laboral, sendo elas a desigualdade, impunidade, miséria, exclusão social – recebendo tratamento de escravo e registrado pela miserabilidade humana, sem aceitação de raça. Ademais, isso se perfaz por ameaças, coerção mental e psicológica, agressões, homicídios, apresentados de forma idêntica ao período imperialista. O presente artigo propõe uma reflexão sobre o direito da personalidade frente ao trabalho escravo na contemporaneidade no liame das atribuições e direitos previstos a todo cidadão como peculiar à garantia de sua saúde e segurança física e psíquica. Palavras-chave: Direito à integridade física e psíquica. Direitos da personalidade. Condições análogas às de escravo.

¹ Advogada OAB/MA 15.404 e Professora dos Cursos de Direito e Letras. Mestranda em CIÊNCIAS JURÍDICAS na Universidade Autônoma de Lisboa, em Portugal. Finalizando a pós-graduação em Advocacia Trabalhista na Rede de Ensino LFG. Atualmente, exercendo a função de Revisora de Textos da Reitoria da Universidade Estadual do Maranhão em produções jurídicas, oficiais, administrativas, jornalísticas e acadêmicas. Possui graduação em Direito pela Universidade Ceuma (2015) e graduação em Letras - Português pela Faculdade Atenas Maranhense (2008). Experiência em Docência no Ensino Superior desde 2011 nas áreas de Letras e Direito - com destaque nas disciplinas de: Produção de Textos Acadêmicos, Produção de Textos Jurídicos, Português Jurídico e Redação Forense.

a) INTRODUÇÃO

As garantias mínimas de proteção ao trabalhador estão previstas na Constituição da República Brasileira, de 1988; reafirmadas pela Consolidação de Leis Trabalhistas, desde 1943 e; reafirmadas pelo Código Penal Brasileiro desde 1940 que institui como crime a prática de submeter outrem a situações análogas às de escravo e, extensivamente ratifica a abolição da escravatura e rompe com qualquer forma de retrocesso social que venha a diminuir ou transgredir os direitos humanos fundamentais relativos a todo cidadão.

Quando se trata de reivindicação pela vida, cada um luta com as forças que possui ainda que a única arma seja coisificar-se em prol do outro pelo favorecimento do alimento garantidor de mais um sustento diário.

O direito da personalidade física do homem inclui o direito à vida e à integridade física; quanto à personalidade moral, cumpre-me mencionar o direito à honra demarcada pela boa reputação, à liberdade instituída pela exploração da informação, consciência, culto e religião, à liberdade de criação cultural, reunião e manifestação, associação e de ensino; inclui-se também à intimidade da vida privada que envolve o direito à privacidade, inviolabilidade do domicílio e ao sigilo da correspondência.

Nessa toada, tem-se a vulnerabilidade do indivíduo relacionada aos lastros de inferioridade econômica demonstrada pela desigualdade de oportunidades e a falta de aplicabilidade das normas jurídicas que resguardem os seus direitos.

2 TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO

A possibilidade de pôr fim à prestação de serviço deve ocorrer assim que o empregado (ou o empregador) considerar conveniente, caso contrário, estará diante de uma situação forçosa de exploração do sujeito e cerceamento do direito de locomoção (em relação ao trabalhador, principalmente) posto que, não havendo essa liberdade na relação laboral haverá imperatividade de normas não alinhadas com o sistema de justiça, desse modo se apresentarão condições degradantes, jornadas

exaustivas, trabalho forçado, entre outras espécies problemáticas de submissão ao trabalho remunerado.

Para esse enquadramento de coação mediante prestação de serviços, tem-se: a coação moral - quando o tomador dos serviços, valendo-se da pouca instrução e do elevado senso de honra pessoal dos trabalhadores, os submete a elevadas dívidas, constituídas fraudulentamente com a finalidade de impossibilitar o seu desligamento. É o chamado regime da "*servidão por dívidas*" (*truck system*), vedado em nosso ordenamento jurídico (artigo 462, §§ 3º e 4º, da CLT); a coação psicológica - quando os trabalhadores são ameaçados de sofrer violência a fim de que permaneçam executando o trabalho. Estas ameaças se dirigem, normalmente, à integridade física dos obreiros, sendo comum, em algumas localidades, a utilização de vigilância armada no exercício desta coação, a apreensão de documentos e de objetos pessoais dos trabalhadores e; coação física - quando os trabalhadores são submetidos a castigos físicos ou mesmo assassinatos, como forma de exemplificação àqueles que pretendam enfrentar o tomador dos serviços, entendido como "rebelar-se contra as regras imputadas".

Numa concepção clássica tem-se que

Considerar-se-á trabalho escravo ou forçado toda modalidade de exploração do trabalhador em que este esteja impedido, moral, psicológica e/ou fisicamente, de abandonar o serviço, no momento e pelas razões que entender apropriadas, a despeito de haver, inicialmente, ajustado livremente a prestação dos serviços.² (MELO, 1999, p. 14)

Esse delineamento de caracterização do trabalho escravo ou forçado faz-nos perceber que independentemente de nos depararmos com essa anomalia social, ainda assim seríamos apresentados a diversos trabalhadores que estariam vivenciando condições deploráveis de trabalho por um viés de massacre emocional, moral e psicológico. Portanto, sempre que fosse assegurada ao trabalhador a sua liberdade de locomoção e de autodeterminação, podendo deixar, a qualquer tempo,

² Luís Antônio Camargo de Melo, ex-Coordenador da Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo do MPT, in Revista do MPT nº 26, pag. 14.

de prestar serviços ao tomador, mas infringindo o aspecto humanístico da relação empregatícia configuraria uma das formas degradantes de trabalho ("*trabalho degradante*"). Cujas concepções se registra em "Trabalho em condições degradantes, portanto, é aquele em que a degradação das condições de saúde e higiene violam, à primeira vista, o axioma da dignidade da pessoa humana".³ (PRUDENTE, 2004).

Hodiernamente, o termo "escravidão" passou a significar uma variedade maior de violações dos direitos humanos, não se especificando a um atentado contra a liberdade pessoal do trabalhador.

"(...) pode-se dizer que trabalho em condições degradantes é aquele em que há a falta de garantias mínimas de saúde e segurança, além da ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação. Tudo devendo ser garantido – o que deve ser esclarecido, embora pareça claro – em conjunto; ou seja, e em contrário, a falta de um desses elementos impõe o reconhecimento do trabalho em condições degradantes". (BRITO FILHO, 2004, pág. 26)⁴

O constituinte, ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, da CF/88), buscou, na verdade, enfatizar que os pilares do Estado Democrático de Direito se apoiam nesta noção.

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Código Penal, redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Oportunizar trabalho em condições dignas e saudáveis é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é

³ Wilson Roberto Prudente, Procurador do Trabalho, em Oficina de Trabalho promovida pela OIT, nos dias 15 e 16 de março de 2004.

⁴ José Cláudio Monteiro de Brito Filho, *in* Trabalho Decente – Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Forçado e Outras Formas de Trabalho Indigno, Editora LTr, 2004.

próprio: a dignidade. Portanto, ao nos referirmos às “condições análogas às de escravos” trata-se primeiramente de uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e, portanto transgride completamente o direito do indivíduo de ter intacto o seu direito à integridade física e psíquica; ademais, um tanto mais incisivamente, como já foi tipificado como crime, pois o Código Penal Brasileiro preceitua no seu art. 149, caput supracitado, cuja redação se registra na Lei n.º 10.803, de 11 de dezembro de 2003 que:

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

- I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;
- II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se podera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

- I - contra criança ou adolescente;
- II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Na contemporaneidade a cruel e desumana forma de trabalho recebeu uma roupagem diferente daquela apresentada nos tempos passados, pois

- 5. O cerceamento da liberdade;
- 6. Degradação das condições de trabalho;
- 7. Servidão por dívida;
- 8. Isolamento geográfico;
- 9. Emprego de violência;
- 10. Discrepância das relações sociais;
- 11. Violações dos direitos fundamentais;

São as formas que diversos empregadores utilizam para manter trabalhadores sob o seu domínio. A dignidade que se analisa como perspectiva de proteção é a do trabalhador, uma vez que esta tem sido vastamente banalizada, reflexo da vivência em uma sociedade de valores invertidos em que se aflora

imediatismo, consumismo, busca por ostentação de riquezas e honras. Mas nessa disputa há sempre os que ficam em completa desvantagem – aqueles que se submetem forçada ou voluntariamente a condições incongruentes numa relação de trabalho com a finalidade de arrecadar provisão para a sua família ou mesmo realização de ser útil socialmente.

Nessa perspectiva de conceber o que é escravidão, mostrou-se incompleta a sua concepção, uma vez que deveria atentar não somente para a supressão da liberdade individual do trabalhador, mas, sobretudo, para a garantia de sua dignidade. Por isso, posteriormente, passou-se a visualizar o trabalho em condições análogas às de escravo ("*trabalho escravo*") como gênero, tendo como espécies o "*trabalho forçado*" e o "*trabalho degradante*".

Portanto, o "*trabalho forçado*" quando constatado o cerceamento da liberdade individual do trabalhador (locomoção e autodeterminação), por meio de mecanismos de coação moral, psicológica e/ou física e o "*trabalho degradante*" não haveria o cerceamento da liberdade individual do trabalhador, mas não lhe seriam asseguradas as condições mínimas de trabalho compatíveis com a dignidade da pessoa humana.

Em ambos, o que ocorre é a negação ao trabalhador os direitos básicos que o distinguem dos demais seres vivos. Desta forma, é a dignidade da pessoa humana que é violada, quando da redução do obreiro à condição análoga à de escravo. De nada adiantaria a tentativa de descaracterizar o trabalho em condições degradantes como espécie de trabalho em condições análogas às de escravo (*trabalho escravo*).

A objetividade jurídica desse crime é a tutela da liberdade individual, a conduta típica é expressa no verbo reduzir, que denota os verbos: tornar, transformar, restringir, limitar, diminuir. Tem-se como sujeito ativo qualquer pessoa, mas apenas o trabalhador é sujeito passivo. Trata-se de crime na modalidade dolosa (elemento subjetivo), admite-se a tentativa, é crime permanente e a sua consumação ocorre quando o sujeito ativo reduz a vítima à condição análoga à de escravo por meio de uma ou mais das condutas especificadas.

3 REFLEXÃO SOBRE A INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA

No fim do século XIX, *Jhering*, baseando-se no sistema do *actuminiuriarum* do direito romano, defende a concepção da categoria autônoma do direito da personalidade: a função indenizatória e a compensatória que juntas atingem a função profiláctica, ou seja, obtém um caráter de preventividade de posteriores violações, atenuante, ou seja, natureza cautelar.

O dispositivo legal que fundamenta o reconhecimento da personalidade humana, compreendendo-a como unidade físico-psico-ambiental na relação do homem *quo tale* interiormente e exteriormente que acumula entre outras providências a responsabilidade civil, conforme consta no art. 70 do Código Civil abaixo mencionado:

(Tutela geral da personalidade)

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

Esse artigo trata de uma proteção bastante geral à personalidade, devido a sua indefinição por não configurar uma especificidade que trata de algum direito subjetivo, dessa forma não beneficia a inclusão de bem jurídico determinado.

O estudioso Oliveira Ascensão fundamenta esse regime como procede do princípio da tutela da dignidade da pessoa humana constitucionalmente protegida, ou seja, deriva dos direitos da personalidade – sugere, ainda, os benefícios da segurança jurídica.

Insta relatar que o direito da personalidade tem características próprias, a primeira delas é a sua natureza não patrimonial, visto que não possuem como objeto um patrimônio ou bens, pois consiste no hemisfério pessoal do seu titular, ainda que venha a ocorrer uma transgressão e havendo necessária responsabilidade civil esta

não limita o indivíduo a uma soma de dinheiro, pois apenas a indenização é de natureza patrimonial.

EMENTA: INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. Tendo sido o reclamante resgatado de condição análoga de escravo, há motivo suficientemente forte para autorizar o reconhecimento da lesão de ordem moral praticada pela ré, notadamente por violação à dignidade da pessoa humana do trabalhador, sendo inadmissível que nos dias de hoje existam reminiscências de práticas voltadas a reduzir gastos com mão-de-obra por meio da escravidão, motivo pelo qual deve suportar a reclamada a indenização por lesão moral arbitrada na origem, inclusive pelo caráter didático da medida, no intuito de inibir a repetição de conduta semelhante.⁵

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO. CONDUTA INTOLERÁVEL. DANOS MORAIS INDIVIDUAIS E COLETIVOS. Demonstrado que o empregador, proprietário rural, contratava trabalhadores por intermédio de "gato" e mantinha-os em condições degradantes, alojados precariamente em casebre inacabado, sem água potável e alimentação adequada, apurando-se, ainda, a existência de servidão por dívidas, expediente que afronta a liberdade do indivíduo, que se vê coagido moralmente a quitar "dívidas" contraídas em decorrência da aquisição dos instrumentos de trabalho, resta caracterizada a submissão dos contratados a condições análogas às de escravo, o que exige pronta reprimenda do Judiciário a fim de restaurar a ordem jurídica lesada.⁶

A Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 estabelece, em seu artigo 4º, que "ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas".

Imprescindível a importância da Declaração Universal de 1948, tendo em

⁵ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (2. Região). 3. Vara do Trabalho de Santos. 12. Turma. **Acórdão n. 20090923213 (RO)**. Relator(a): Adalberto Martins. Revisor(a): Benedito Valentini. São Paulo, 22 de outubro de 2009. Disponível em: <www.trt2.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2013.

⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (3. Região). Vara do Trabalho de Paracatu. 6. Turma. **Acórdão n. 00742-2012-084-03-00-4 (RO)**. Relator(a): Rogerio Valle Ferreira. Revisor(a): Eduardo Aurelio P. Ferri. Belo Horizonte, 20 de novembro de 2012. Disponível em: <www.trt3.jus.br>. Acesso em: 02 jul. 2013.

vista que esta possui caráter tão-somente recomendatório, sendo editados o Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, com intuito de ampliar o rol de dispositivos protetivos aos direitos humanos e conceder-lhes força jurídica obrigatória e vinculante.

O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos é bastante objetivo na proibição do trabalho escravo:

Artigo 8º

1. Ninguém poderá ser submetido à escravidão; a escravidão e o tráfico de escravos, em todas as suas formas, ficam proibidos.

[...]

3. a) Ninguém poderá ser obrigado a executar trabalhos forçados ou obrigatórios;

[...].⁷

Além disso, a proibição da escravidão integra o núcleo inderrogável de direitos do aludido Pacto, eis que o seu artigo 4º estabelece que “não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2), 11, 15, 16, e 18”, e o artigo 8º, parágrafo 1º, prevê exatamente a proibição ao trabalho escravo.

Nessa perspectiva, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e a Convenção Europeia de Direitos Humanos preveem a proibição da escravidão e do trabalho forçado e do mesmo modo não autorizam a derrogação de tal proibição.

Ademais, verifica-se que “a proibição do trabalho escravo é absoluta no Direito Internacional dos Direitos Humanos, não contemplando qualquer exceção”.⁸ Ou seja, não é possível alegar circunstâncias excepcionais, como

⁷ BRASIL. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 08 jun. 2013.

⁸ PIOVESAN, Flávia Cristina. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, Gabriel; NEVES FAVA, Marcos (Coords.). **Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação**. São Paulo: LTr, 2006. p. 151-165. p. 143.

guerra, instabilidade política interna ou qualquer outro perigo público como justificativa para a autorização do trabalho escravo.

Flávia Piovesan ressalta que:

Tal proibição integra o núcleo do *jus cogens*, que é o direito cogente e inderrogável no âmbito internacional, compondo verdadeira cláusula pétrea internacional. Tal como o direito a não ser submetido à tortura, o direito a não ser submetido à escravidão é um direito absoluto, insuscetível de qualquer relativização ou flexibilização, a não permitir qualquer juízo de ponderação.⁹

Nas regiões da Grécia, de Roma e do Egito era a principal forma de exploração do trabalho humano, dedicando-se estes escravos à realização daquelas tarefas mais árduas e a utilização de sua força de trabalho era considerada justa e necessária, já que, segundo Aristóteles, “pensar requer ócio”. O escravo era considerado mero objeto de direito (*res*), como se demonstra a seguir:

Art. 2º A hypoteca é regulada somente pela Lei civil, ainda que algum ou todos os credores sejam comerciantes. Ficam derogadas as disposições do Código Comercial, relativas à hypoteca de bens de raiz.

§1º Só podem ser objeto de hypoteca:

[...]

Os escravos e animais pertencentes as propriedades agrícolas, que forem especificadas no contrato, sendo com as mesmas propriedades.

Em dado período histórico era possível tratar um indivíduo como sendo de sua propriedade – os escravos eram coagidos e sobrepujados em sua força de trabalho em completa disposição ao seu senhor inclusive em relação a sua própria sexualidade e capacidade de reprodução. Houve um tempo em que se pensava que o trabalho era atividade secundária e apenas a atividade do pensar deveria ter o privilégio, prestígio e nobreza pertinente a um ofício profissional.

⁹ Ibid., p. 143.

Há uma herança deixada pelo Direito Romano, que perpassou o Código Napoleônico registrados nas seguintes regulamentações:

- 7 o direito de propriedade;
- 8 o contrato;
- 9 a liberdade de empreendimento e a autonomia da vontade passaram a constituir os fundamentos do Direito Civil clássico, no plano jurídico, e do capitalismo liberal, no campo das doutrinas econômicas.

A escravidão contemporânea é distinta daquela forma de exploração do trabalho humano que perdurou no Brasil até o período imperial, mas ambas violam os princípios fundamentais da Carta Magna, como os da cidadania, da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

O titular desses direitos da personalidade teria poderes diretos e imediatos sobre o bem de sua personalidade a partir do seu direito inerente de uso, fruição, reivindicação e autodeterminação para que assim pudesse reivindicar indistintamente de todos os outros sujeitos jurídicos, posto que seria a obrigação passiva universal ou deveres gerais de ação (dever negativo) ou solidariedade social – também chamado de dever positivo. A essa discussão ora empregada tem-se o caráter da absolutidade.

O verbo *trabalhar* vem do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar, e é derivado do latim clássico *tripalium*, antigo instrumento de tortura. Com o passar do tempo, o vocábulo passou pelo processo de significação em que é relacionado à fadiga, esforço, sofrimento, cuidado, encargo, em suma, valores negativos, dos quais se afastavam os mais afortunados. Isso contribui para a negação de direitos e o tratamento indigno dos trabalhadores em certas ocasiões, como nos trabalhos em condições análogas às de escravo e nas demais formas degradantes de trabalho.

Ac. TRP de 30-04-2014¹⁰: I. A qualificação dos crimes de ofensa á integridade física e de coacção não é automática, antes «deriva da verificação de um tipo de culpa agravado» o que obriga a que os elementos apurados revelem «uma

¹⁰ LISBOA, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Jurisprudência dos crimes contra a integridade física e psíquica . DL n.º 48/95. Disponível em: www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.phpd. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

imagem global do facto agravada correspondente ao especial conteúdo de culpa tido em conta».II. Cometem o crime qualificado, por agirem em situação de especial censurabilidade, os arguidos que exerceram sobre os ofendidos, e particularmente sobre o assistente, advogado, um caudal de violência e de constrangimentos que, em conjunto, os dotaram de um poder total sobre os gestos, movimentos e acções dos ofendidos pois que, para além da expressão concreta deixada pelas lesões verificadas e das perturbações vividas em resultado do teor da agressividade demonstrada pelos arguidos, há a assinalar a preocupação de barrar a saída dos ofendidos, a persistência e intensidade das agressões desferidas, a reiteração de ameaças de vários tipos, a afronta (oposição) direta ao ato que os ofendidos pretendiam levar a cabo, a saber, a efetiva tomada de posse dos armazéns e, por fim, a falta de razoabilidade da pretensão dos arguidos, exigindo uma declaração que, como os próprios agora reconhecem, nenhuma utilidade revestia para os arguidos.

Pela essencialidade, intrínseco e indisponível da maioria dos bens jurídicos da personalidade física e moral humana, deixam de ser de antemão reconhecidos ao titular do direito da personalidade por renúncia, abandono ou destruição do bem da personalidade a possibilidade de extingui-los; nestes moldes não pode dispor a favor de outrem da capacidade de gozo de tais direitos e até de se obrigar perante outrem ao exercício desses poderes, portanto, o indivíduo fica impedido de renunciar o direito à vida ou mesmo à honra, nem pode suicidar ou auto reduzir-se à escravidão, esses elementos referem-se, portanto ao critério da indisponibilidade.

A precariedade dos alojamentos, as péssimas condições de trabalho e de higiene e a configuração da chamada "servidão por dívidas" (regime do *truck system*), esta última como relevante fator inibidor da liberdade do trabalhador (estado de sujeição), são algumas das disposições desta deturpação social, que constitui indelével mancha no processo civilizatório nacional.

Em se tratando da esfera do direito da personalidade, principalmente no que cabe à integridade física e psíquica, insta mencionar que a Constituição brasileira relaciona dispositivos que demarcama significação sobre a proteção da sua natureza principiológica e sua imperatividade em assegurar a efetividade do conteúdo normativo, considerada tanto como um "bem de uso comum do povo e

essencial à sadia qualidade de vida" (art. 225, caput, da CF/88), quanto a um bem de produção (art. 170, VI). Nesse manejo, o preceito latino de Ulpiano, que também consta no *Digesto*: "*Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*"¹¹ – "Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não lesar a outrem, dar a cada um o que é seu" e isto implica pormenorizadamente em evitar que as faculdades do proprietário seja de usar, gozar e dispor de um bem atuem de modo a causar danos e degradações. Neste aspecto é válido mencionar o caráter da intransmissibilidade, visto que incidem de forma individual e coletiva sobre a personalidade física e moral do cidadão a ponto de serem insuscetíveis e intransferíveis a outro sujeito jurídico, uma vez que consiste intrinsecamente à pessoa do seu titular. Além disso, e de forma expansiva também cabe destacar a imprescritibilidade e perenidade, pois além de os efeitos desse direito não cessam com a morte.¹²

Artigo 144.º

Ofensa à integridade física grave

Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a:

- a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente;
- b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem;
- c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou
- d) Provocar-lhe perigo para a vida; é punido com pena de prisão de dois a dez anos.

¹¹ <https://jus.com.br/artigos/35605/principio-alterum-non-laedere-neminem-laedere-dignidade-humana-e-bona-fe/>

¹² LISBOA, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. Jurisprudência dos crimes contra a integridade física e psíquica. DL n.º 48/95. Disponível em: www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

Muito se discute sobre a eficiência do texto normativo, uma vez que além de agregarem muito valor normativo, ainda são largamente instituídas a fim de estabelecerem atuação resolutiva, embora haja apreciação no sentido de ratificar que não é por muita regulamentação que há efetividade de leis, mas em como ela é tratada pelo aplicador do direito. Afirma Kelsen à luz do positivismo e da justiça que "uma norma jurídica deixará de ser válida quando duradouramente ineficaz. Assim, o mínimo de eficácia depende da aplicabilidade da norma no mundo fático pelos destinatários finais".

A conquista de valores significativamente sociais não se faz sem acesso a um mínimo necessário de propriedade e esse mínimo é o que o ordenamento jurídico brasileiro se propõe a efetivar, alinhando atributos como o capital e o trabalho. A Constituição da República Federativa do Brasil empenha esforços para solucionar conflitos, uma vez que demarcou como fundamentais, entre outros, "a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa" (art. 1º, III e IV, da CF/88).

Impõe, ainda, a Carta Política como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A perspectiva de contemplação de uma sociedade justa está alicerçada na ideia de liberdade e solidariedade e isto se correlaciona aos aspectos de democracia econômica e social, ou seja, todos os cidadãos acolhidos pelo progresso científico e tecnológico, acesso a condições dignas de trabalho, oportunidades iguais em condições equivalentes independentemente de sexo ou gênero, além de ter o direito

a saúde, educação, lazer, cultura, segurança, bem-estar, amparo familiar e o acesso à justiça.

A ciência do direito organiza, seleciona e reúne normas que disciplinam e regulamentam a apropriação de determinadas tomadas de posicionamento humano e isso está alicerçado em valores morais como contributo social geral, em correspondência ao estipulado pela necessidade da cidadania em pleno desenvolvimento em diferentes âmbitos. O que nos preocupa e ressalta-se nesta pesquisa como objeto de investigação é a aplicação da lei e muito mais sua funcionalidade de realização de justiça a partir do anseio do povo representado em propostas por seus governantes. Oportuno demarcar o conceito de justiça a partir de uma visão panorâmica do que é "justo" para que então, possamos completar a ideia de "livre e solidário" como atributos correlatos que se completam no próprio conceito de justiça.

CONCLUSÃO

A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita que transgrida os direitos pertinentes à integridade física e psíquica. Foi submetida à apreciação deste trabalho a anomalia social denominada escravidão que se desenvolve pela inadequação de espaços estabelecidos pela equidade entre os cidadãos. Nessa perspectiva, surgindo a necessidade de repensar as atribuições inerentes ao indivíduo em relação ao direito da personalidade.

Este estudo se trata, portanto, de um levantamento da desobrigação que até hoje predomina de garantir, conforme preceituam as Constituições, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e demais normas internacionais, oportunidades válidas em que os governantes poderiam ter assistido à regulamentação das normas que ratificam esse direito, fortalecendo outros direitos como: à liberdade, à igualdade, dignidade da pessoa humana e os direitos sociais.

REFERÊNCIAS

Ascensão, José Oliveira. **Direito Civil Teoria Geral**. Coimbra Editora, 2ª edição, 2000. BRASIL. **Decreto n. 592**, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. **Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos**. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 08 jun. 2016.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro, in Trabalho Decente – **Análise Jurídica da Exploração do Trabalho – Trabalho Forçado e outras formas de trabalho indigno**. Editora LTr, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**: Parte Geral, vol. 2. São Paulo: RT, 2007, p. 59.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 7ª ed. São Paulo, Saraiva, 2016.

LISBOA, Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa. **Jurisprudência dos crimes contra a integridade física e psíquica**. DL n.º 48/95. Disponível em: www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.phpd. Acesso em 20 de Dezembro de 2016.

MELO, Luís Antônio Camargo de. **Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo**. Coordenadoria Nacional de Combate ao Trabalho Escravo do MPT, in Revista do MPT, nº 26, pag. 14.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1.º a 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. (Coleção temas jurídicos; 3).

PIOVESAN, Flávia Cristina. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRUDENTE, Wilson Roberto. **Oficina de Trabalho promovida pela OIT**, nos dias 15 e 16 de março de 2004.

REIS, Jair Teixeira dos. **Trabalho Decente**. Disponível em: www.ambitojuridico.com.br. Acessado em 13 de setembro de 2016.

VAZ, Isabel. **Reflexões sobre uma sociedade justa**. Disponível em: http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/1998/02/-sumario?next=14. Acessado em 18 de setembro de 2016.

VIVIAN, Wilson de Alcântara Bruzachi. **Princípio *alternum non laedere* (*neminem laedere*), dignidade humana e boa-fé**. Disponível em: www.jusnavegandi.com.br. Acessado em 19 de setembro de 2016.

PARTE VII
DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS MIGRANTES

15. O DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL DO MIGRANTE NO BRASIL COM ENFOQUE NO BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

*MIGRANT'S RIGHT TO SOCIAL ASSISTANCE IN BRAZIL WITH A FOCUS ON THE
BENEFIT OF CONTINUED BENEFIT (BPC)*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-15>

Arielle Arry Carvalho¹

Crisley Christine Pereira Cavalcante²

Resumo

O trabalho objetiva investigar a efetivação do direito à Assistência Social dos migrantes no Brasil. Utiliza-se, como parâmetro, o Benefício da Prestação Continuada (BPC), previsto no art. 203, inciso V, da Constituição Federal de 1988, e no art. 2º, inciso II, alínea e, da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que representa a quantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa com deficiência ou ao idoso que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção. Sabe-se que os migrantes gozam de igualdade em relação aos direitos conferidos aos brasileiros, por força do artigo 5º, caput, da Constituição Federal brasileira. Todavia, constata-se a sua exclusão ao Benefício da Prestação Continuada, em face da exigência do critério da nacionalidade e da cidadania por parte do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Nessa senda, a problemática apresentada viola o direito à Assistência Social e os documentos internacionais ratificados pelo Brasil, inclusive os que possuem status constitucional. A metodologia da pesquisa assenta-se em estudo descritivo-analítico, bibliográfico e de natureza teórica. O referencial teórico embasa-se na Teoria da Justiça de Amartya Sen, que transcende a teoria de justiça Kantiana. Como resultado, infere-se que o Estado brasileiro não assegura, de modo efetivo, o direito à Assistência Social aos migrantes no país. Propõe-se a implementação de medidas que assegurem a concessão de forma facilitada ao Benefício da Prestação Continuada aos migrantes, pautadas em um ideal de justiça social que ultrapasse o caráter assistencialista e alcance um ideal de justiça fundamentado em realizações.

Palavras-chave: Migrantes. Lei 13445/2017. Assistência Social. Benefício da Prestação Continuada.

¹ Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política - Universidade de Fortaleza. Pesquisadora pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Advogada. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da Ordem dos Advogados do Brasil. E-mail: arielleadv-ce@hotmail.com

² Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política - Universidade de Fortaleza. Jornalista e Advogada. Email: chrisleycavalcante@gmail.com

Abstract

The work aims to investigate the realization of the right to Social Assistance for migrants in Brazil. As a parameter, the Continuous Installment Benefit (BPC), provided for in art. 203, item V, of the Federal Constitution of 1988, and in art. 2, item II, paragraph e, of Law No. 8,742, of December 7, 1993, which represents the amount of 1 (one) minimum monthly wage to the person with disabilities or to the elderly person who proves they have no means of providing their own maintenance. It is known that migrants enjoy equality in relation to the rights conferred on Brazilians, pursuant to Article 5, caput, of the Brazilian Federal Constitution. However, it is noted that they are excluded from the Continuous Benefit Benefit, due to the requirement of the nationality and citizenship criteria by the National Social Security Institute (INSS). Along this path, the problem presented violates the right to Social Assistance and international documents ratified by Brazil, including those with constitutional status. The research methodology is based on a descriptive-analytical, bibliographic and theoretical study. The theoretical framework is based on Amartya Sen's Theory of Justice, which transcends Kantian justice theory. As a result, it appears that the Brazilian State does not effectively guarantee the right to Social Assistance for migrants in the country. It is proposed to implement measures that ensure the granting of the Continuous Provision Benefit to migrants in an easier way, based on an ideal of social justice that goes beyond the welfare character and reaches an ideal of justice based on achievements.

Keywords: Migrants. Law 13445/2017. Social assistance. Benefit of Continued Installment.

INTRODUÇÃO

A titularidade de direitos e garantias fundamentais, conferida aos estrangeiros no âmbito nacional brasileiro assenta-se no caput do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988. O mencionado dispositivo assegura a igualdade de direitos, por meio da expressão de que todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Por essa razão, salienta-se que o rol de direitos fundamentais sociais elencados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, devem ser garantidos aos migrantes, com a finalidade conferi-los, um patamar mínimo civilizatório, no sentido de assegurá-los uma convivência saudável, de bem-estar social.

Contudo, a partir do séc. XXI, em face do aumento dos fluxos migratórios entre os países da América do Sul, evidencia-se a necessidade de um sistema de proteção normativo específico relacionada à questão migratória brasileira, no sentido de

conferir uma maior efetividades aos direitos a eles inerentes, por força da Constituição Federal de 1988. Nessa conjuntura, em um contexto de intensos fluxos migratórios de haitianos, a partir do ano de 2010, e de venezuelanos, a partir do ano de 2014, o Estado brasileiro sanciona a Lei 13.445, de 24 de maio de 2017³, intitulada Lei de Migração, a qual dispõe sobre direitos e deveres dos migrantes e estabelece princípios e diretrizes a serem adotados quando da elaboração de políticas públicas no território nacional.

A mencionada legislação reforça o preceito constitucional de igualdade de direitos entre estrangeiros e brasileiros, prevê a acolhida humanitária, preconiza o repúdio à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação. A Lei de Migração brasileira estabelece, no artigo 3º, inciso XI, a inclusão social, laboral e produtiva do migrante, bem como o acesso igualitário e livre a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social, objeto deste trabalho.⁴

Todavia, em que pese a previsão legal de um tratamento embasado no ideal da dignidade humana, a realidade social dos migrantes no Brasil não se afigura conforme à legislação. Justifica-se pelo contexto social em que eles se encontram no Estado brasileiro. A vulnerabilidade socioeconômica, que compreende o desemprego, a falta de moradia, a dificuldade de acesso a serviços públicos, bem como a exclusão a benefícios de Assistência Social representam dificuldades por eles enfrentadas. Essas realidades denotam a violação de seus direitos, e os expõem, em determinados momentos, a condições desumanas.

No contexto de vulnerabilidade socioeconômica, os benefícios assistenciais são relevantes para garantia de um patamar mínimo civilizatório, bem como de assegurar condições mínimas de sobrevivência àqueles que, por alguma razão, não se encontram inseridos no mercado de trabalho, ou que não dispõem de recursos mínimos. É nesse momento que a Assistência Social atua, enquanto direito do

³ BRASIL. Lei Federal nº13445/2017 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 06 mai. de 2020.

⁴ BRASIL. Lei Federal nº13445/2017 de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 06 mai. de 2020.

cidadão e dever do Estado, que, conforme disposição no artigo 203, da Constituição Federal de 1988, deve ser assegurada aos que dela necessitam, sem a exigência de qualquer contribuição.

Nessa toada, em condições de igualdade com os brasileiros, deve-se assegurar aos migrantes no país, independentemente da regularidade de sua situação migratória, o direito à Assistência Social, de modo a garanti-los os mesmos serviços e benefícios sociais afiançados aos brasileiros na rede socioassistencial já estabelecida. Contudo, na prática, vislumbra-se a exclusão dos migrantes ao Benefício da Prestação Continuada, que é regulamentado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. A exclusão do migrante de acesso ao benefício⁵ ocorre por parte do Instituto Nacional de Previdência Social (INSS), autarquia previdenciária responsável pela análise e concessão do benefício, sob o argumento de que o BPC é devido apenas aos brasileiros natos ou naturalizados.

Nesse sentido, no presente trabalho, questiona-se: Em que medida o Estado brasileiro viola o direito à Assistência Social ao migrante no Brasil no tocante aos benefícios sociais assistenciais?

A metodologia assenta-se em estudo descritivo-analítico, de natureza teórica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica. O referencial teórico embasa-se na Teoria da Justiça de Amartya Sen, (realizar justiça diante de casos concretos). Quanto à abordagem, classifica-se em qualitativa, com suporte de dados secundários, uma vez que apresenta dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), do Ministério da Justiça e Cidadania, por meio da plataforma OBMigra, dados da Polícia Federal, da Agência da ONU para refugiados (ACNUR), entre outros.

⁵ BRASIL. Decreto-Lei nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214compilado.htm. Acesso em: 10 mai. de 2020.

2 O DEVER DE PROTEÇÃO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

Para discorrer sobre proteção social na sociedade, vale refletir sobre o estado de natureza exposto por Thomas Hobbes na obra *Leviatã*, o filósofo afirmava que o medo e ele eram irmãos gêmeos. Nascido na Inglaterra, no século XVI, Hobbes viveu conturbações de guerras e de terror, entre Lutero e Cromwell. Tratava-se de um Estado, onde os indivíduos eram entregues à própria sorte e, portanto, concorrentes numa concepção de guerra de todos contra todos.

Vencer a guerra de todos contra todos, exige proteção aos indivíduos como imperativo categórico para a convivência numa sociedade denominada por Hobbes como sociedade de segurança. Para ele, esse espaço significa a condição primordial para que os indivíduos possam “fazer sociedade”. A existência de um Estado protetor em Hobbes representa único meio de garantir esta segurança, sobretudo aos indivíduos necessitados e excluídos. A proteção se consolida com a renúncia da liberdade dos indivíduos ao Estado absoluto. O autor expõe que muitos indivíduos numa sociedade tornam-se incapazes de prover seu próprio sustento em face de circunstâncias imprevisíveis da vida.

Todavia essas pessoas não devem ser esquecidas à caridade privada. Nesse contexto, é do Estado o dever de providenciar em toda medida as necessidades desses indivíduos⁶. No Brasil do século XXI, o ideal de proteção social foi albergado com o advento da Constituição Federal de 1988, sob a influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que adota como fundamentos; a universalidade, a igualdade e a interdependência dos povos. Os pressupostos de proteção social na Constituição de 1988 têm o propósito de assegurar o exercício dos direitos individuais e coletivos. Para alcançar esse desiderato pauta as ações do poder de mando do Estado na busca de garantir vida, liberdade, igualdade, segurança, e propriedade, como valores inerentes a uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

⁶ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores. p. 115

Para isso, exige-se do Estado brasileiro, prestações positivas que garantam aos cidadãos, o alcance de um patamar mínimo civilizatório. Isso se justifica porque os direitos fundamentais sociais são considerados direitos públicos subjetivos e de segunda dimensão, que têm aplicação imediata, e necessitam, portanto, da execução de políticas públicas para a sua implementação⁷.

Nessa ótica, ao passo que a Constituição Federal garante direitos, atribui-se ao Estado, o dever de implementá-los por meio de pressupostos materiais e necessários para consecução, uma vez que efetivar direitos sociais requer destinação orçamentária⁸. Nas palavras de Robert Alexy, pode-se dizer que, é por intermédio de uma relação triádica entre o titular de direito fundamental, o Estado e uma ação estatal positiva, que são concretizados os direitos fundamentais sociais que compõem o sistema de proteção social⁹.

Por meio dessa conjuntura, analisa-se o dever de proteção social do Estado brasileiro no âmbito do direito fundamental social à assistência aos desamparados, com previsão no artigo 6º da Constituição Federal de 1988. A assistência aos desamparados representa uma política estatal, de responsabilidade do Estado, a que a Constituição brasileira denomina de assistência social. A assistência social é prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição, conforme previsão nos artigos 203 e 204 da Constituição Federal de 1988.

A assistência social é organizada por meio do Sistema de Seguridade Social, ao lado da Previdência Social e da Saúde, constante nos artigos 194 e 195 da Constituição Federal brasileira. É regulamentada por meio da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, intitulada Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) que tem como finalidade provê os mínimos sociais à população mais vulnerável¹⁰. De acordo com a LOAS, a assistência social representa um direito do cidadão e dever do Estado, que objetiva viabilizar, de forma equânime, a autonomia individual necessária ao

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p.206.

⁸ POMPEU, GINA et.al. Estado social, Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade na América Latina. In: Direitos Fundamentais na perspectiva da Democracia Interamericana. Lumen Juris, p. 225-256. 2019.

⁹ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. P. 445

¹⁰ BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de janeiro de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 05 de maio de 2020.

exercício qualificado da cidadania de pessoas que, apesar de materialmente excluídas, devem ser reconhecidas, a todo o momento, como livres e iguais¹¹.

Isso se faz com observância aos princípios da supremacia do atendimento às necessidades sociais, da universalização dos direitos sociais, do respeito à dignidade do cidadão, da igualdade de direitos no acesso ao atendimento e a divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como, por meio de recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão. Em tempos de crise, o Estado brasileiro deve direcionar uma atenção especial às classes sociais desfavorecidas com o intuito de mitigar os impactos socioeconômicos que podem surgir, incluídas nelas, o grupo de refugiados.

A Assistência Social é regulamentada pela Lei 8.742, de 7 de dezembro de 1993, intitulada Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS)¹², que a define, estabelece princípios e diretrizes a serem observados pela Política Nacional de Assistência Social. A Política Nacional de Assistência Social (PNAS) é coordenada pelo Ministério da Cidadania e deliberada pelo Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS). A gestão das ações, na área de Assistência Social, organiza-se sob a forma de sistema descentralizado e participativo, denominado Sistema Único de Assistência Social (SUAS) que, conforme artigo 6º da LOAS, articula esforços e recursos dos Municípios, Estados e União para a execução e o financiamento da Política Nacional de Assistência Social. Sua finalidade é garantir apoio a indivíduos, famílias e à comunidade, no enfrentamento de suas dificuldades, por meio de serviços, benefícios, programas e projetos sociais.

Nessa toada, em condições de igualdade com os brasileiros, deve-se assegurar aos migrantes, independentemente da regularidade de sua situação migratória, o direito à assistência social, de modo a garanti-los os mesmos serviços e benefícios sociais afiançados aos brasileiros na rede socioassistencial já estabelecida. Nesse sentido, o Ministério de Desenvolvimento, publica no ano de 2016, o documento intitulado "O papel da assistência social no atendimento aos

¹¹ CHAVES, Victor Pinto. **O direito à assistência social no Brasil**. 1ª ed. Editora Elsevier. São Paulo, 2013. p. 16

¹² BRASIL. **Lei nº 8742 de 7 de janeiro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 06 mai. de 2020.

migrantes", o qual expõe, de forma expressa, que o atendimento ao grupo deve estar inserido de forma transversal na estrutura de programas, serviços e benefícios já existentes e disponíveis a qualquer indivíduo ou família em situação de vulnerabilidade social¹³.

A inclusão dos migrantes aos serviços e programas sociais ocorre por meio do Centros de Referência de Assistência Social (CRAS), os quais promovem a sua inscrição no Cadastro Único (CadÚnico), a inclusão em programas de renda mínima, como o programa do bolsa família e do auxílio emergencial, bem como os orienta no requerimento aos benefícios sociais, sejam os eventuais, sejam os de forma continuada, como é o caso do Benefício da Prestação Continuada, o BPC que, conforme mencionado anteriormente, é devido ao idoso ou à pessoa com deficiência que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme previsão no Art. 2º, alínea e. Esse benefício denomina-se Benefício da Prestação Continuada (BPC).

No que se refere ao Benefício da Prestação Continuada (BPC), regulamentado pelo Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007, constata-se a problemática que envolve a exclusão do migrante ao acesso do benefício¹⁴. Isso porque o artigo 7º do Decreto consigna que o BPC é devido apenas aos brasileiros natos ou naturalizados. Com base nesse fundamento, que de igual modo, encontra-se expresso na Portaria Conjunta do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), MDSA/INSS Nº 1, de 03 de janeiro de 2017¹⁵, a autarquia previdenciária, que é responsável pela análise dos requerimentos, profere decisão negativa aos migrantes que atendem aos requisitos do BPC.

¹³ **O papel da assistência social no atendimento aos migrantes.** Disponível: http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Guia/guia_migrantes.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2020.

¹⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 6.214, de 26 de setembro de 2007.** Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, acresce parágrafo ao art. 162 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6214compilado.htm. Acesso em: 10 mai. de 2020.

¹⁵ BRASIL. **Portaria Conjunta nº 1 de 3 de janeiro de 2017.** Regulamenta regras e procedimentos de requerimento, concessão, manutenção e revisão do Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social - BPC. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20575033/do1-2017-01-04-portaria-conjunta-n-1-de-3-de-janeiro-de-2017-20574928. Acesso em: 10 mai. de 2020.

Por essa razão, os migrantes elegíveis ao Benefício da Prestação Continuada, passam a pleiteá-lo, judicialmente, diante da negativa da autarquia previdenciária. Desse modo, o excesso de ações, por eles ajuizadas, culmina no Recurso Extraordinário (RE) nº 58797034, perante o Supremo Tribunal Federal, que reconhece, por unanimidade, e com repercussão geral, a concessão do BPC ao migrante que se enquadre nos requisitos legais¹⁶. Todavia, em que pese a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), o INSS continua a negá-lo, de modo a aplicar sua norma interna, a Portaria Conjunta MDSA/INSS Nº 1, de 03 de janeiro de 2017, que tem como base o Decreto nº 6.214, de 2007, o qual estabelece o critério da nacionalidade e a condição de cidadão para a concessão do BPC, exigência que exclui os migrantes.

A exclusão dos migrantes ao mencionado benefício, apresenta-se de modo incoerente com o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a exigência da nacionalidade, por meio de um decreto, sobrepõe-se à dignidade da pessoa humana e ao dever de proteção social, por parte do Estado brasileiro, de efetivar direitos sociais.

3 A AUSÊNCIA DO DEVER DE PROTEÇÃO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO NO ÂMBITO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

Os possíveis motivos pelos quais o Estado brasileiro não concede o BPC aos migrantes desdobram-se numa dimensão multifacetada. Primeiramente, salienta-se que a dificuldade de acesso ao benefício torna pública a indiferença disfarçada de certa intolerância por parte do país, aos migrantes, mesmo lastreado por ampla legislação, que os reconhece como sujeitos de direito e titulares de garantias fundamentais. Nessa linha de pensar, infere-se da doutrina de Zigmum Bauman, que a displicência do brasileiro representa o que o autor intitula de globalização da indiferença, que nada mais é do que uma política de lavar as mãos e pensar que o problema migratório não é do país. A ideia do autor assenta-se na seguinte frase:

¹⁶ Recurso extraordinário nº 58797034. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/process/2621386>. Acesso em: 10 mai. de 2020.

"Isso não me afeta, não me preocupa, não é da minha conta"¹⁷. Essa negligência provoca impactos econômicos aos migrantes, uma vez que a ausência de renda dificulta o acesso a recursos materiais necessários à própria sobrevivência.

Diante da impossibilidade dos migrantes de terem acesso ao Benefício da Prestação Continuada, resta evidente o desinteresse na efetiva proteção social por parte do Estado ao grupo. Isso se deve também ao fato de que a assistência social, antes de se tornar política pública, o que ocorreu apenas com a Constituição Federal de 1988, desenvolvia-se por meio de instituições não governamentais, sob a influência da filantropia e da caridade, ou seja, sob o manto do favor. Essas influências ainda persistem nesta seara e justificam as palavras de Maria Berenice Couto, de que a assistência social é irmã siamesa do assistencialismo¹⁸.

É nesse sentido, que expõe Maria Carmelita Yazbeck sobre a assistência social, para a autora, dissociar-se assistência social do assistencialismo e filantropia representa desafios. O clientelismo consolidou-se numa cultura tuteladora, que não tem favorecido o protagonismo e nem a emancipação dos usuários da assistência social, na sociedade brasileira, em razão de ter sido apoiada por décadas na matriz do favor, do apadrinhamento e do clientelismo¹⁹.

Depreende-se, no entanto, que a indiferença do Estado brasileiro no que é pertinente aos migrantes, provoca efeitos, tanto no âmbito econômico, pois os priva da aquisição de bens necessários à sobrevivência em meio à crise, quanto no âmbito moral. A inexistência de proteção social denota ausência de reconhecimento, gera sentimento de insegurança e provoca, conforme discurso de Giorgio Agamben, o silenciamento do sujeito, que está diretamente associado à ideia de anulação do indivíduo da sociedade²⁰. Vale mencionar que a anulação do indivíduo, por si só, causa uma identidade demarcada pela autodegradação, pela privação de direitos e

¹⁷ BAUMAN. Zigmunt. Extranhos ilamando a la puerta. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Disserta%C3%A7%C3%A3o/34082_Extranos_Ilamando_a_la_puerta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020

¹⁸ COUTO, Maria Berenice. **Assistência social ou benesse?** Serviço Social & Sociedade. 2015, n.124. p.665-677.

¹⁹ YAZBECK, Maria Carmelita. **As ambiguidades da assistência social brasileira após dez anos de Loas.** Serviço Social & Sociedade, São Paulo, ano XXV, n. 77, mar. 2014.p.19

²⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Infância e História: destruição da experiência e origem da história.** Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.p. 58

pela baixa autoestima, que representam um sofrimento de indeterminação²¹.

A falta de interesse por parte do Estado em efetivar o direito à assistência social, sob um viés transformador, remete ao discurso de Ferdinand Lassalle. Para o autor, questões constitucionais são políticas e não jurídicas, ou seja, emergem das decisões do poder de mando. A normatividade permanece condicionada aos fatores reais do poder, de modo que, quando isso não ocorre, as constituições e as leis de um país apresentam-se num sentido figurado, ao que ele denomina de mera folha de papel.²²

Vale ressaltar que o discurso de Amartya Sen sobre privação de bens, não se restringe a indicadores econômicos apenas, embora, para ele, o critério da renda se apresente de forma essencial no sentido de evitar a pobreza²³. A privação de bens representa a agrura de não poder exercer o que ele denomina de liberdades substantivas, isto é, de exercer a condição de agente ativo na sociedade, e de desenvolver as capacidades básicas inerentes a cada indivíduo.

A credibilidade que Sen deposita em sua teoria da justiça motiva-se pelos exemplos que expõe de pacificadores como Mahatma Gandhi e Martin Luther King, que não tinham por objetivo “alcançar um mundo perfeitamente justo (mesmo que não houvesse nenhum acordo sobre como seria tal mundo), mas o que queriam era remover claras injustiças até onde pudessem”²⁴. Pretende-se, portanto, obter uma justiça social com o olhar inclusivo aos migrantes, com oportunidades sociais adequadas, em que eles possam moldar o próprio destino.

A justiça social a que se almeja não se finda com a concessão do benefício assistencial da prestação continuada aos migrantes, sob uma ótica de que possuam apenas status de beneficiários passivos de engenhosos programas de renda, como expõe Amartya Sen. A ideia transporta-se à teoria de justiça, focada no institucionalismo transcendental de John Rawls, para uma teoria de justiça social

²¹ HONNET, Axel. **Sofrimento de indeterminação: uma atualização da filosofia do direito de Hegel**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007. p.53

²² LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 6ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 6ª Ed. 2001. P.40.

²³ SEN, Amartya. *O desenvolvimento como liberdade*; São Paulo; Companhia das Letras, 2010.p. 175

²⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes – São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 10.

focada em realizações, que reconheça o papel positivo da condição de agente livre e sustentável, e até mesmo o papel positivo da impaciência construtiva²⁵.

Portanto, o dever de proteção social que o Estado deve cumprir a todos, indistintamente, tem o condão de garantir um patamar mínimo civilizatório aos cidadãos, por meio do desenvolvimento de suas capacidades, sob pena de não ser considerado um Estado democrático de direito. Nesse sentido, Gina Pompeu expõe que a ausência desse dever de proteção social, ou seja, de garantia e eficácia dos direitos fundamentais sociais, faz com que o país fique em débito com a democracia. De acordo com a autora, não se fala em democracia, quando parte da população não dispõe desses direitos, entre eles, a alimentação, a educação, a saúde, o trabalho, a moradia e, também, quando se constata o desamparo, a fome e o abandono²⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se pela incipiente política pública de proteção social ao grupo migrantes frente a documentos internacionais ratificados, à legislação nacional e à agenda mundial da ONU, composta pelos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Considera-se injustiça social a objeção do direito ao benefício, que culmina numa série de efeitos negativos que atingem os refugiados. Compromete o mínimo existencial, e expõe o grupo a condições desumanas. A situação viola, por fim, o direito fundamental à assistência social e à dignidade da pessoa humana.

Os efeitos recaem tanto no âmbito econômico, quanto no âmbito moral, além de repercutir para o aumento da desigualdade social no país. Demonstrou-se que a displicência estatal deriva de motivos que vão desde a globalização da indiferença, de vislumbrar o refugiado como uma pessoa estranha ao território e achar que o problema não é do país. Pontua-se para a permanência de um Estado regulador da atividade econômica, que se vincula a possibilidade orçamentária e recua no dever de proteção social de efetivar direitos sociais. A assistência social parece tratar-se de uma norma programática, sem exigibilidade judicial. Um direito, cuja realização

²⁵ SEN, Op.Cit, P.26

²⁶ POMPEU, Op.cit. p.235

esbarra em uma sociedade e Estado não democráticos, que continuam a enxergar no refugiado, apenas um “estrangeiro,” pessoa de segunda categoria, e não um ser humano. .

Diante de todo exposto, propõe-se a aplicação imediata da legislação existente para garantir o acesso ao benefício de forma facilitada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Infância e História: destruição da experiência e origem da história**. Tradução Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio. Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de janeiro de 1993**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 10.316 de 7 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/d10316.htm. Acesso em: 05 maio de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm. Acesso em: 05 mai. de 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.445/2017 de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm. Acesso em: 05 mai. de 2020.

JUBILUT, Liliana Lira e OLIVEIRA Selmi Apolinário, SM (2008). **Determinação do status de refugiado no Brasil: uma empresa tripartida**. **Refúgio: Jornal do Canadá sobre Refugiados**. p. 29-40. Disponível em: <https://refuge.journals.yorku.ca/index.php/refuge/article/view/26029>. Acesso em: 23 de abril de 2020.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **A Lei Brasileira de Refúgio – Sua história**. In: **Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas**, p. 12 – 21. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BAUMAN. Zigmunt. **Exanhos ilamando a la puerta**. Disponível em: file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Disserta%C3%A7%C3%A3o/34082_Extranos_Ilamando_a_la_puerta.pdf. Acesso em: 20 de maio de 2020.

CASTEL, Robert. **A insegurança social. O que é ser protegido?** Tradução de Lúcia M. Endlich Orth. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

CHAVES, Victor Pinto. **O direito à assistência social no Brasil.** 1ª ed. Editora Elsevier. São Paulo, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COUTO, Maria Berenice. **Assistência social ou benesse?** Serviço Social & Sociedade. 2015, n.124. p.665-677.

DRUMMOND, Victor Gameiro. **Os refugiados e os escravos contemporâneos: os outros que ninguém quer ver e sua "conexão invisível".** Revista Jurídica Luso-brasileira. Ano 5. 2019. n.01. p. 2.115-2.148.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores.

HONNET, Axel. **Sufrimento de indeterminação: uma atualização da filosofia do direito de Hegel.** São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 6ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 6ª Ed. 2001.

MORRISON, Wayne. **Filosofia do Direito: dos Gregos ao Pós-Modernismo.** São Paulo: Martins Fontes, 2006. P.472-473.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** Dissertação (mestrado). Curitiba: UFPR, 2006.

POMPEU, GINA et.al. **Estado social, Desenvolvimento Humano e Sustentabilidade na América Latina.** In: **Direitos Fundamentais na perspectiva da Democracia Interamericana.** Lumen Juris, p. 225-256. 2019.

RAMOS, Elival da Silva. **CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: a efetivação dos direitos sociais à luz da Constituição brasileira de 1988** in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 102 p. 327 – 356. 2007.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M.R. Esteves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo para uma nova cultura política.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes.** Rio de Janeiro: Record, 2008.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **O desenvolvimento como liberdade;** São Paulo; Companhia das Letras, 2010.

YAZBECK, Maria Carmelita. **As ambiguidades da assistência social brasileira após dez anos de Loas.** Serviço Social & Sociedade, São Paulo, ano XXV, n. 77, mar. 2014.

ZAMBAM, Neuro José; KUJAWA, Henrique Aniceto. **As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social/Public policies in Amartya Sen: agent condition and social freedom.** Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 1, p. 60-85, mar. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1486>. doi:[https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13. n1, p 60-85](https://doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13.n1.p.60-85). Acesso em: 21 maio 2020.

16. A CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA E A CONDUTA BRASILEIRA FACE AO ÊXODO VENEZUELANO

THE HUMANITARIAN CRISIS IN VENEZUELA AND THE BRAZILIAN CONDUCT IN VIEW OF THE VENEZUELAN EXODUS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-16>

Ticiane Guerra Pontes Benevides¹

Resumo

O artigo versa sobre os desafios da crise humanitária na Venezuela, estudados na perspectiva do período compreendido desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente, passando por sua morte, a ascensão de Nicolás Maduro e os acontecimentos que ocorreram, posteriormente, com o conflito entre a Assembleia Nacional Constituinte e a Assembleia Constituinte. Analisa-se as causas da crise na Venezuela e sua relação com o petróleo. Examina-se as razões do êxodo venezuelano. Apresenta-se as diferenças de refúgio e asilo político. Por último, tece-se as considerações acerca da conduta brasileira face ao êxodo venezuelano. Quanto à metodologia, assinala-se a pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, cujo campo de investigação dá-se em doutrinas internacionais e nacionais e no ordenamento jurídico brasileiro. O referencial teórico dá-se por intermédio da inferência de doutrinas especializadas.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Refugiados; Migrações internacionais; Crise venezuelana; Conduta brasileira.

Abstract

The article deals with the challenges of the humanitarian crisis, studied from the perspective of the period since Hugo Chávez's reelection to president, going through his death, the rise of Nicolás Maduro's and the events that occurred, afterwards, with the conflict between the national constituent assembly and the constituent assembly. It analyzes the causes of the crisis in Venezuela and its relationship with oil. It analyzes the reasons for the Venezuelan exodus. It presents the differences between refuge and political asylum. Finally it analyzes considerations about Brazilian conduct in light of the Venezuelan exodus. As for the methodology, the bibliographical research with a qualitative approach is indicated, whose research field focus on international and national doctrines and in the Brazilian legal system. The theoretical framework is given through the inference of specialized doctrines.

¹ Ticiane Guerra Pontes Benevides é Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. É especialista em Direito do Trabalho e Processual Trabalhista pela Unichristus. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR.

Keywords: Human rights; Refugees; International migrations; Venezuelan crisis; Brazilian conduct.

INTRODUÇÃO

Por todo o mundo, milhões de pessoas cruzam fronteiras, em busca de obter uma vida mais digna, na qual seja possível o exercício da cidadania. São pessoas que sofrem alguma forma de perseguição ou violação de direitos humanos e são obrigadas a deixar seus países, sem dispor da proteção jurídica do seu Estado de origem ou de qualquer Estado.

Nesse cenário, é de fundamental importância a discussão acerca dos refugiados venezuelanos que se encontram em situação de vulnerabilidade, em decorrência do fluxo migratório causado pela crise humanitária que afeta a Venezuela.

Sendo assim, busca-se neste artigo compreender as razões da crise humanitária na Venezuela que motivaram o imenso fluxo internacional de pessoas nos últimos anos, como a população daquele país foi acometida pelas inúmeras mudanças nas dinâmicas políticas, sociais e econômicas, descrevendo a conjuntura do país desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente até o conflito entre a Assembleia Nacional Constituinte e a Assembleia Constituinte, a fim de entender como a Venezuela de trinta anos atrás se transformou no que hoje representa a Venezuela, mesmo tendo a maior reserva de petróleo do mundo.

Examina-se as diferenças dos institutos do refúgio e do asilo político, tendo em vista que a maioria dos Estados não faz distinção, referindo-se somente ao asilo, excetuando-se os países da América Latina, os quais distinguem as duas modalidades.

Analisa-se, ainda, a conduta brasileira em face da crescente imigração venezuelana, em especial, o processo de acolhimento de refugiados desempenhado pelo Brasil, bem como, as principais legislações nacionais específicas elaboradas pelo país, que aderiu às mais importantes legislações internacionais acerca do refúgio, no intuito de acolher os migrantes de modo organizado e seguro.

Quanto à metodologia, assinala-se a pesquisa bibliográfica, através de um estudo descritivo-analítico, ao que se consigna ao material pesquisado: Doutrinas de referência, legislações, doutrinas jurídicas, nacionais e estrangeiras e dados estatísticos de instituições internacionais.

Quanto à abordagem, é qualitativa, porquanto a tarefa é humanística, voltada, nomeadamente, aos profissionais do Direito, e por último, quanto aos objetivos, tem-se a livre metodologia descritiva e exploratória.

1. RAZÕES DA CRISE HUMANITÁRIA NA VENEZUELA

Para se entender a atual crise humanitária na Venezuela é fundamental contextualizar o período compreendido desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente, em outubro de 2012, passando por sua morte, a ascensão de Nicolás Maduro e os acontecimentos que ocorreram, posteriormente, com o conflito entre a Assembléia Nacional Constituinte e a Assembléia Constituinte.

Hugo Chávez com toda a sua influência foi muito hábil ao reunir a população na busca do sonho bolivariano, norteando-se na reforma da Venezuela a partir do bolivarianismo, defendendo o socialismo do século XXI, marcado por políticas de inclusão social e distribuição de renda, utilizando-se do discurso de país democrático, quando, na verdade, seu governo tinha caráter autoritário.

Sendo assim, o regime de Hugo Chávez, apesar de se declarar democrático e ter um discurso de equidade social, o que houve, na verdade, foi que essa ideologia simulou um Estado Democrático de Direito, ou seja, estabeleceu uma distorção à democracia, tendo em vista que, oficialmente, o regime venezuelano foi desenvolvido com alguns fundamentos presentes num regime democrático. No entanto, o regime democrático na Venezuela não estava efetivamente consolidado, já que não eram respeitadas as liberdades fundamentais dos cidadãos, como por exemplo, liberdades de expressão, de organização e de acesso à informação.

Nesse sentido, ratifica Guillermo O'Donnell (2007) que diz que para o país ser verdadeiramente democrático necessita "realizar regularmente elecciones libres e institucionalizadas, los individuos pueden crear o unirse a organizaciones libremente,

partidos políticos incluídos, hay libertad de expresión, lo cual incluye una prensa razonablemente libre, etcétera". (O'DONNEL, 2007, p.152).

Guillermo O'Donnell (2007) afirma, ainda, que "Las dudas y objeciones con respecto a la condición democrática de estos países surgen, por um lado, de la justificada indignación que produce la lamentable situación de los derechos básicos de los pobres y vulnerables. Por outro lado, esas mismas dudas y objeciones rellejan la vaguedad y el carácter cambiante de los significados atribuídos al término "democracia", no solo en el uso común, sino también en el académico . El problema se ha agudizado com la enorme expansión en las últimas dos décadas de la cantidad de países del Sur y el Este que afirman ser democráticos". (O'DONNEL, 2007, p.151-152).

Sendo assim, o regime de Hugo Chávez surgiu no cenário da onda socialista que invadiu a America Latina no final do século XX. Com o discurso de inclusão social e medidas assistencialistas, Hugo Chávez iludiu o povo para conseguir apoio ao seu governo. Com a doença de Hugo Chávez, Nicolás Maduro, até então vice presidente do governo chavista, é designado para dar continuidade ao plano de governo, mesmo sendo menos capacitado para a função. Em seguida, torna-se presidente interino, em virtude da morte de Hugo Chávez e, posteriormente, vence as eleições e assume o poder.

O governo de Nicolás Maduro herdou a crise econômica do governo de Hugo Chávez, que já vivia um quadro de derrocada econômica em decorrência da crise política que o país estava envolvido desde os anos 2000, agravada em virtude da crise mundial do mercado petroleiro, com a diminuição do preço do petróleo a nível global em 2014, quando o valor do petróleo desmoronou. Sendo assim, a crise na Venezuela está atrelada ao preço do petróleo.

Segundo dados da Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP, a Venezuela, apesar de ter a maior reserva de petróleo do mundo, estimada em "300,9 bilhões de barris" (2019) e já ter ocupado o posto de "segundo maior exportador de petróleo do mundo", a sua produção entrou em colapso e está atualmente "no seu nível mais baixo em 30 anos", o que comprova que "o país possuir petróleo, não necessariamente significa riqueza". Isso ocorre porque um país com volumosas reservas nem sempre consegue extrair e comercializar todo o petróleo que dispõe,

em virtude da dificuldade da extração, bem como, no caso da Venezuela, das punições econômicas americanas, que impossibilitaram a comercialização do petróleo venezuelano, haja vista que sua cadeia de consumidores diminuiu significativamente e, ainda, em decorrência da “politização da empresa estatal de petróleo PDVSA ocorrida durante o governo de Hugo Chávez” (BBC, 2019).

Sendo assim, a Venezuela permanecesse em uma crise política, quando ocorreram golpes de Estado, paralisações e estatizações de empresas e essas circunstâncias ocasionaram o aumento da inflação, a desvalorização da moeda e, conseqüentemente, acarretou a dificuldade para a manutenção dos programas sociais, os quais eram garantidos pela exportação do petróleo, gerando o colapso venezuelano e a precariedade social.

Sendo assim, ainda que, Nicolas Maduro, inicialmente, tenha nutrido a intenção de dar seguimento ao plano de governo de Hugo Chávez de distribuição de renda e diminuição da pobreza, o país mergulhou numa crise econômica sem precedentes e numa grande instabilidade política. Maduro aumentou o controle estatal sobre a economia, arruinando a produção, substituiu a indústria interna por importações, quebrando todo o sistema produtivo da Venezuela e ocasionando o desabastecimento, acabou com a diversificação industrial, coibiu o empreendedorismo, limitou os lucros e conduziu o país a um índice de pobreza superior àquele existente antes de Hugo Chávez assumir o poder, ocasionando o declínio socioeconômico venezuelano e a precarização da vida no país.

A escassez venezuelana faz parte da maior crise experimentada pelo país, marcada pela falta de produtos básicos como leite, queijo, carne, frango, café, óleo, açúcar, manteiga, papel higiênico, entre outros. Além disso, o aumento da inflação, ocasionada pela manipulação cambial, medida excessivamente intervencionista, impacta diretamente no preço dos produtos e na capacidade de compra dos indivíduos. Considerada a pior crise econômica da história venezuelana.

Em dezembro de 2015, a Assembléia Nacional passou a ser controlada em sua grande maioria, pelos adversários de Nicolás Maduro, fazendo com que o mesmo perdesse a possibilidade de se sobrepor aos opositores e, assim, na tentativa de desarticular a oposição, ele convocou uma nova assembléia, denominada de

Assembléia Constituinte da Venezuela, que ajudou a manter Nicolás Maduro no poder, com o objetivo de “redigir uma nova constituição e reformar o Estado”. (BBC, 2019).

Nesse contexto, Juan Guaidó, que é deputado nacional pelo estado de Vargas, é o presidente da Assembléia Nacional da Venezuela, que em “23 de janeiro de 2019, autoproclamou-se presidente provisório do país”, tendo inclusive sido reconhecido como presidente interino por diversos países. “Depois disso, ele emergiu como o rosto mais visível do movimento nacional e internacional que busca remover Maduro da Presidência por considerá-lo um governante ilegítimo.” (BBC, 2019).

Nessa perspectiva Marcelo Suano (2019) discorre que “Uma das provas de que na Venezuela não está ocorrendo o exercício da democracia e, além disso, que o regime democrático está reduzido ao voto é que, ao longo desses quase sete anos em que Nicolás Maduro está na presidência venezuelana, tentou-se o seu afastamento pela revogação do mandato, algo constitucional no país e desejado pela maioria dos cidadãos; no entanto, todos os instrumentos legais e ações ilegais foram usados para impedir qualquer ação desse direito da cidadania, que é controlar os governantes e afastá-los quando eles agem destruindo a sociedade”. (SUANO, 2019, p. 239).

Nicolás Maduro, que exerce o poder de forma autoritária, tem baixa popularidade se confrontada com a do seu antecessor, Hugo Chávez. Nicolás Maduro representa a decadência do sistema político, do modelo econômico e das políticas públicas ineficientes.

A situação na Venezuela já não é mais uma crise, mas uma situação de conflito. A Venezuela vive hoje um estado de guerra constante, visto que os elementos de uma guerra estão postos: crise migratória, colapso econômico, uma inflação sem paralelo, crise de desabastecimento, altos índices de violência, é um desafio sem paralelo.

Desse modo, em decorrência dessa conjuntura, um enorme número de pessoas tem decidido deixar o país, em busca de melhores condições de vida, gerando um volumoso êxodo de venezuelanos, especialmente, para a América Latina. De acordo com os dados da Organização Internacional para Migrações – OIM e da Agência da ONU para Refugiados – ACNUR, “mais de 5 milhões de venezuelanos deixaram o país desde 2014” (ACNUR, 2020) e os países que mais receberam os

venezuelanos foram "a Colômbia com 1,3 milhão, o Peru com 768 mil, o Chile com 288 mil, o Brasil com 263 mil e a Argentina com 130 mil. Segundo a OIM o México e os países da América Central e do Caribe também recebem um contingente expressivo de refugiados e migrantes da Venezuela". (ACNUR, 2019).

2. DIFERENCIAÇÃO DE REFUGIO E ASILO POLÍTICO

É importante esclarecer, inicialmente, que os tratados de direitos humanos não diferenciam refúgio e asilo, considerando como asilo, qualquer forma de acolhimento de pessoas que sofrem uma perseguição e que não podem ou não querem mais pertencer a um Estado, devido a perseguições ou violações de direitos humanos. Porém, a doutrina de Direito Internacional, faz distinção entre refúgio e asilo.

O que ocorre é que o instituto do refugio e do asilo político são geralmente confundidos, tendo em vista que os dois autorizam ao estrangeiro a oportunidade de viver legalmente em outro país.

Dessa forma, para uma melhor compreensão da problemática dos migrantes e refugiados venezuelanos, é imprescindível a distinção dos conceitos de refugiado e asilado político. De acordo com o ACNUR, refugiados são "pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido a grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados". (ACNUR, 2019).

Valerio de Oliveira Mazzuoli (2019), esclarece que "O instituto do asilo pertence ao Direito Internacional Público e se encontra, atualmente, regulamentado por convenções internacionais específicas. Trata-se do recebimento do estrangeiro em território nacional, sem os requisitos de ingresso, para evitar punição ou perseguição baseada em crime de natureza política ou ideológica – ou crime comum conexo com delito político – geralmente (mas não necessariamente) cometido em seu país de origem. Não se trata aqui do instituto do refugio, que tem sua concessão baseada em motivos de perseguição por raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou opinião política. Assim, no primeiro caso têm-se os asilados e, no segundo, os refugiados". (MAZZUOLI, 2019, p. 221).

Paulo Henrique Portela (2019) afirma que “asilo consiste na proteção dada por um Estado a um indivíduo cuja vida, liberdade ou dignidade estejam ameaçadas pelas autoridades de outro Estado (que pode ser seu Estado de nacionalidade ou terceiro Estado), normalmente por conta de perseguições de ordem política. (PORTELA, 2019, p. 420).

Desse modo, o asilo político é a proteção concedida às pessoas que deixam seus países de origem em virtude de uma perseguição política atual ou crimes políticos. É uma conduta facultativa do Estado e não direito do cidadão e, além disso, é possível que seja deferido o asilo político fora do território do Estado de acolhimento.

Sendo assim, o instituto do asilo político não se confunde com o refúgio, o qual tem uma abrangência superior. No caso do refúgio, são necessários dois componentes para se configurar: a perseguição ou seu legítimo temor e a extraterritorialidade, não sendo preciso que o temor da perseguição seja atual, diferentemente do asilo político, que é necessário que a perseguição seja recente.

Nesse sentido, Guido Soares (2002) diferencia refúgio e asilo afirmando que “a concessão do asilo é ato discricionário do Estado, ao passo que a concessão do refugio é obrigatória para o Estado, uma vez atendidas as exigências definidas nos tratados; o controle da aplicação das normas sobre refúgio encontra-se a cargo de órgãos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), ao passo que não existe foro internacional dedicado especificamente a acompanhar o tratamento do tema do asilo; os motivos para a concessão de asilo são políticos, ao passo que a concessão do refúgio pode se fundar em perseguições por motivo de raça, grupo social, religião e penúria; as discussões sobre o caráter político ou comum dos atos que motivam o pedido de asilo são irrelevantes no caso dos refugiados”. (SOARES, 2002, p. 404-405).

Nas palavras de Zygmunt Bauman (2005), estar num campo de refugiados representa não pertencer a uma nação, a um Estado: “A caminho dos campos de refugiados, os futuros internos se vêem despidos de todos os elementos que compõem suas identidades, menos um: a condição de refugiados sem Estado, sem lugar sem função. De dentro das cercas do campo, são reduzidos a uma massa sem

rosto, e lhes é negado o acesso às amenidades elementares das quais se extraem as identidades, assim como dos fios com que elas são tecidas" (BAUMAN, 2005, p. 97).

Sendo assim, conforme a resolução 2/18 de 02 de março de 2018, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que trata da migração forçada de pessoas venezuelanas, aprovada em Bogotá, Colômbia, "O direito de solicitar e receber asilo evoluiu nas Américas a partir da adoção da Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984, a mesma que ampliou a definição de refugiado ao reconhecer como pessoas refugiadas quem tenha fugido de seus países devido a violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. A citada definição ampliada de refugiado foi integrada na legislação de um grande número de países, assim como pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direito Humanos. Adicionalmente, um grande número de Estados da região reafirmaram seus compromissos de oferecer proteção às pessoas que necessitam e reconheceram novos desafios que enfrenta o continente americano em matéria de migração forçada, como são os casos de deslocamento interno e movimentos forçados originados por causas distintas às previstas na Declaração de Cartagena, por meio da Declaração e Plano de Ação do Brasil "Um marco de Cooperação e Solidariedade Regional para Fortalecer a Proteção Internacional das Pessoas Refugiadas, Deslocadas e Apátridas na América Latina e no Caribe". (CIDH, 2018).

E, assim, em meio a essa intensa crise humanitária, o Brasil passa a desempenhar significativa função como país acolhedor, na América Latina, concedendo acolhimento por razões humanitárias, adotando às principais legislações internacionais relativas ao refúgio, como ainda, elaborou legislação nacional específica para tratar das pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de migrações causadas pela crise na Venezuela.

3. CONDUTA BRASILEIRA FACE AO ÊXODO VENEZUELANO

Se comparado a outros países da América Latina, o Brasil está recebendo um baixo número de venezuelanos, mas apesar disso, o fluxo migratório de cidadãos

provenientes da Venezuela que ingressam no Brasil tem crescido exponencialmente. No entanto, é importante ressaltar, que nem todos se fixam no país, pois muitos adentram ao território brasileiro tão somente com a intenção de atravessar em direção a outros países.

Segundo a ACNUR, até o momento, "mais de 768 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado foram registradas por venezuelanos em todo o mundo, a maioria nos países da América Latina e no Caribe. E o Brasil tornou-se o país com o maior número de refugiados venezuelanos reconhecidos na América Latina, num total de 37 mil refugiados venezuelanos. A decisão faz parte do procedimento facilitado de *prima facie* aprovado em dezembro de 2019 pelo Comitê Nacional para Refugiados – CONARE". (ACNUR, 2020).

Os demais, que não pedem o reconhecimento da condição de refugiado, são tratados como migrantes, os quais possuem residência temporária no país, em decorrência da Portaria Interministerial do Ministério da Justiça, nº 9 de 2018. (BRASIL, 2018).

O Governo Federal brasileiro editou a Medida Provisória nº 820 de 2018, convertida na Lei Federal nº 13.684 de 2018, que "dispõe sobre as medidas de assistência emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária" na Venezuela, visando trabalhar em cooperação com o Estado de Roraima no recebimento e atendimento dos venezuelanos. (BRASIL, 2018).

O Governo editou, ainda, dois decretos sobre o assunto, o Decreto nº 9.285 de 2018, que "reconhece a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária na República Bolivariana da Venezuela" e o Decreto nº 9.286 de 2018 que "define a composição, as competências e as normas de funcionamento do Comitê Federal de Assistência Emergencial para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária". (BRASIL, 2018).

Sendo assim, através dessas deliberações, bem como, do Decreto GLO (Decreto nº 9.483 de 2018 e Decreto 9.501 de 2018) que autorizava "o emprego das Forças Armadas na Garantia da Lei e da Ordem, no Estado de Roraima, para a proteção das instalações e das atividades relacionadas ao acolhimento dos

refugiados", ficou atribuído ao Ministério da Defesa, através do Exército, Marinha e Aeronáutica a acolhida de migrantes venezuelanos no Estado de Roraima. (BRASIL, 2018).

A maioria dos venezuelanos que chegam ao Brasil adentram pelo Estado de Roraima, especificamente, pelo município de Pacaraima, que faz fronteira com a Venezuela. Em seguida, o Estado de São Paulo é o que mais recebe venezuelanos, em virtude da maior possibilidade de oferta de empregos.

Segundo informações do Ministério da Defesa, nos centros de acolhimento, os venezuelanos obtêm "atendimento médico e odontológico, recebem vacinação, orientação para regularização migratória, recebem documentação brasileira como CPF e carteira de trabalho, assessoria jurídica e assistência social com apoio psicológico e são encaminhados para abrigos, onde recebem três refeições diárias, têm acesso à lavanderia e atendimento médico. Além disso, o atendimento é realizado por pessoal com treinamento específico para lidar com os migrantes venezuelanos, considerando suas adversidades e questões culturais". (BRASIL, 2019).

Outra etapa da Operação Acolhida é a interiorização para 24 estados brasileiros, onde todos são acompanhados de Roraima até a cidade de destino. O deslocamento desses venezuelanos tem o apoio da Agência da ONU para Refugiados – ACNUR e da Organização Internacional para as Migrações – OIM, em combinação com os governos de estados e municípios, bem como, outras agências da ONU estão comprometidas com o plano de interiorização, como o Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento – PNUD, o Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA e o Fundo das Nações Unidas para a infância – UNICEF.

De acordo com a Organização das Nações Unidas - ONU, "essas organizações identificam locais de acolhida em todo o país, realizam melhorias estruturais nos abrigos, prestam orientação sobre as cidades destino, organizam a viagem e a recepção nos novos destinos, além de conscientizar o setor privado para a absorção da mão de obra refugiada. Os organismos também dão aquela atenção especial às mulheres, crianças e grupos mais vulneráveis". (ONUBR, 2019).

O objetivo do plano de interiorização é diminuir o impacto da chegada de refugiados e migrantes venezuelanos ao Estado de Roraima. A remoção possibilita

que os venezuelanos obtenham novas oportunidades de inclusão e ingresso no mercado de trabalho, refazendo suas vidas e cooperando para o surgimento e crescimento de novas comunidades de acolhimento, bem como, para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do projeto.

Desse modo, a Operação Acolhida é um programa para oferecer assistência emergencial ao acolhimento de venezuelanos que se encontram em situação de vulnerabilidade, em decorrência do fluxo migratório causado pela crise humanitária que afeta a Venezuela e é considerada uma ação solidária realizada pelo Brasil em meio a tanto individualismo existente no mundo.

Porém, a Operação Acolhida não reflete a realidade dos venezuelanos no Brasil. Segundo a Operação Acolhida, que cuida do fluxo migratório, muitos dos venezuelanos que chegam ao Brasil permanecessem em situação de rua, sendo comum encontrar diversas pessoas vasculhando o lixão em Roraima, em condição de vida insalubre, vivendo em situação precária, pelas ruas, sem moradia ou em prédio abandonados.

O Estado de Roraima não tem condições de suportar o aumento da demanda oriunda dos venezuelanos, pois extrapola o limite que o Estado pode comportar. Os venezuelanos que adentram ao Brasil encontram outra realidade cheia de desafios e dificuldades, em uma fronteira desprovida de serviços públicos básicos, com atendimento em saúde, educação e segurança limitados e deficitários, até mesmo para a população local, que já sofre economicamente, fazendo com que os migrantes permaneçam em situação de vulnerabilidade social.

Além disso, muitos dos venezuelanos que conseguem um trabalho acabam sendo explorados por pessoas que se aproveitam da vulnerabilidade dos mesmos, tendo inclusive casos em que a Justiça observou a existência de trabalho em condições análogas à de escravo.

Segundo fontes do Ministério da Economia (Secretaria Especial de Previdência e Trabalho), "trabalhadores venezuelanos eram submetidos à condição de trabalho análoga à de escravo, em Roraima, sem o recebimento de salários, com exaustivas jornadas diárias de trabalho, sem direito a dias de descanso, com retenção de documentos pelo empregador, como forma de mantê-los no trabalho e proibição de ausentar-se do local de trabalho. Foram tornados cativos do trabalho em razão da

retenção de documentos e da servidão por dívida e das constantes ameaças que levavam à coação moral e da submissão a condições degradantes decorrentes da precária alimentação fornecida e de outras graves irregularidades verificadas na inspeção. Aos auditores, os trabalhadores relataram que o empregador agia com agressividade e violência, utilizando a arma de fogo como instrumento de intimidação". (BRASIL, 2019).

Portanto, é de fundamental importância, a redistribuição do fluxo migratório, com um programa de realocação geográfica de maneira ordenada, para reduzir o impacto no Estado de Roraima, que não tem condições de suportar um contingente tão grande de venezuelanos.

Sendo assim, o projeto de acolhida, apesar de representar um ato de solidariedade do governo brasileiro e ser eficaz para aquilo que se propõe, o mesmo é limitado. Portanto, é imprescindível que o Brasil atue ativamente para a inclusão, de fato, dos refugiados no país, com a instituição de políticas de migração, bem como, de políticas públicas para a geração de emprego e renda, educação básica, atendimento de saúde e segurança, pois o que retrata a realidade dos venezuelanos que chegam e permanecem no Brasil, é a falta de políticas migratórias.

O Brasil já passa por um cenário de desigualdade social, concentração de renda e miséria que coloca o Estado brasileiro em situação crítica. Mas com a elaboração de políticas públicas para a geração de emprego, bem como, para o desenvolvimento humano, compatíveis com a capacidade econômica do país, visando garantir uma sociedade justa e digna, objetivando reduzir a desigualdade social a que está inserido, o país melhora não apenas as condições de vida dos refugiados venezuelanos, mas também da população brasileira.

O Estado Venezuelano foi destruído e os refugiados precisam da ajuda da comunidade internacional. Nesse sentido, é um grande aprendizado o pensamento de Zygmunt Bauman (1998), em *Modernidade e Holocausto*, que diz "O Holocausto não foi simplesmente um problema judeu nem fato da história judaica apenas. O Holocausto nasceu e foi executado na nossa sociedade moderna e racional, em nosso alto estágio de civilização e no auge do desenvolvimento cultural e humano, e por essa razão é um problema dessa sociedade, dessa civilização e cultura". (BAUMAN, 1998, p. 12).

CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe à discussão as razões da crise humanitária na Venezuela, de acordo com o contexto vivido pelo país desde a reeleição de Hugo Chávez para presidente e de que forma a população daquele país foi abalada pelas mudanças ocasionadas pelo regime socialista e autoritário de Hugo Chávez, bem como, do governo de seu sucessor Nicolás Maduro.

Constatou-se que, o regime democrático na Venezuela não está verdadeiramente consolidado, já que não são respeitadas as liberdades fundamentais dos cidadãos e que essa ideologia, pautada na revolução bolivariana, simulou um Estado Democrático de Direito e instituiu uma distorção à democracia.

Comprovou-se que o colapso econômico venezuelano está atrelado ao preço do petróleo e que a substituição da indústria interna por importações, destruiu todo o sistema produtivo da Venezuela, ocasionando o desabastecimento. Portanto, o que aniquilou a Venezuela foi o poder destrutivo do aparelhamento do Estado, que arruinou a institucionalidade venezuelana.

Percebe-se que a situação na Venezuela já não é mais uma crise, mas um estado de conflito, ou seja, o que a Venezuela vive hoje é um cenário de guerra. E em virtude dessa situação, um grande número de pessoas tem decidido deixar o país, em busca de condições de vida mais digna, gerando um imenso fluxo internacional de venezuelanos.

Verificou-se que, apesar do Brasil ter exercido relevante função como país acolhedor, na América Latina, concedendo acolhimento por razões humanitárias aos refugiados venezuelanos, o país não foi capaz de garantir o pleno exercício da cidadania, com fundamento no respeito à dignidade da pessoa humana e isso representa a manutenção de uma condição de extrema vulnerabilidade dos refugiados.

Sendo assim, o exercício da cidadania é indispensável para a preservação dos direitos humanos dos refugiados e para a garantia da dignidade da pessoa humana em todos os sentidos, devendo este direito ser preservado e assegurado por toda a comunidade internacional. Mas, a pergunta que fica é: A democracia na Venezuela um dia irá voltar?

REFERÊNCIAS

ACNUR. Número de refugiados e migrantes da Venezuela ultrapassa 5 milhões. Disponível em: < <http://acnur.org> > Acesso em: 29 mai. 2020.

ACNUR. Refugiados conceito. Disponível em: < <http://acnur.org> > Acesso em: 29 mai. 2020.

ACNUR. Mais de 768 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado. Disponível em: < <http://acnur.org> > Acesso em: 30 mai. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Holocausto**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BBC. Crise na Venezuela: o que há por trás da queda vertiginosa das exportações de petróleo, que sustentam o país. Disponível em: < <http://bbc.com> > Acesso em: 29 abr. 2020.

BBC. Crise na Venezuela: o que levou o país ao colapso econômico e à maior crise de sua história. Disponível em: < <http://bbc.com> > Acesso em: 29 abr. 2020.

BBC. Crise na Venezuela: quem é Juan Guaidó, presidente autoproclamado quer tirar Nicolás Maduro do poder? Disponível em: < <http://bbc.com> > Acesso em: 29 abr. 2020.

BBC. Quais são os países com as maiores reservas de petróleo e por que isso não é sempre um sinal de riqueza. Disponível em: < <http://bbc.com> > Acesso em: 29 abr. 2020.

BRAGA, Elza M. F. (org). **América Latina: transformações econômicas e políticas**. Fortaleza: UFC, 2003.

BRASIL. Decreto nº 9.285 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br> > Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.286 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br> > Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.483 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br>> Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.501 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br>> Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 13.684 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br>> Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 820 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br>> Acesso em: 06 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Defesa. Operação acolhida leva dignidade a venezuelanos refugiados. Disponível em: < <http://defesa.gov.br> > Acesso em: 29 mai. 2020.

BRASIL. Ministério da Economia. Casal de trabalhadores venezuelanos é resgatado de condição de trabalho análogo ao de escravo em Roraima. Disponível em: < <http://trabalho.gov.br> > Acesso em: 27 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria Interministerial nº 9 de 2018. Disponível em < <http://in.gov.br>> Acesso em: 06 abr. 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Resolução 2/18. Migração forçada de pessoas venezuelanas. Disponível em: < <http://oas.org>> Acesso em: 29 mai. 2020.

COLLIER, David. **O novo autoritarismo na América Latina**. Tradução Marina T. V. de Medeiros. RJ: Paz e Terra, 1982.

DOSMAN, Edgar J. Raul Prebisch. **A construção da América Latina e do Terceiro Mundo**. Tradução Teresa D. Carneiro, Cesar Benjamin. RJ: Contraponto. Centro Internacional Celso Furtado, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. PIOVESAN, Flávia. FACHIN, Melina Girardi. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

O'DONNEL, Guillermo. **Disonancias: Críticas democráticas a la democracia**. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2007.

ONUBR. Programa de interiorização beneficia mais de 5 mil venezuelanos no Brasil. Disponível em: < <http://nacoesunidas.org>> Acesso em: 29 mai. 2020.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROSS, Michel L. **A Maldição do Petróleo: como a riqueza petrolífera molda o desenvolvimento das nações**. Tradução Giselle Viegas. Porto Alegre: Citadel Editora, 2015.

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

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. Volume 1. São Paulo: Atlas, 2002.

SUANO, Marcelo José Ferraz. **Como destruir um país: Uma aventura socialista na Venezuela**. Porto Alegre: Citadel Grupo Editorial, 2019.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América: Leis e costumes**. Tradução de Eduardo Brandão; Vol. I – 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997. v. 1.

17. A PROTEÇÃO DE CRIANÇAS NO PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO

CHILD PROTECTION IN THE GLOBAL COMPACT FOR MIGRATION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-17>

*Julia Stefanello Pires*¹

*Marcella Oldenburg Almeida Britto*²

RESUMO

O propósito do artigo é analisar a proteção destinada às crianças no “Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular”, documento não vinculativo que visa estabelecer princípios orientadores e objetivos para guiar os Estados signatários na adoção de políticas migratórias alinhadas e que prezem pela promoção dos direitos humanos dos migrantes. Justifica-se o tema em face da elevada vulnerabilidade destas crianças, que ocupam um local extremo dentro dos movimentos migratórios e estão sujeitas à violações em um maior grau, quando comparados aos migrantes já adultos. O trabalho se divide em três partes, primeiramente apresentando a estrutura geral e importância do documento. Posteriormente, se aborda a vulnerabilidade das crianças migrantes, para, então, analisar o texto do Pacto e os direitos destinados à proteção deste grupo. O estudo se desenvolve através de uma revisão bibliográfica, com análise documental do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular”. Através desta análise, se percebe uma evidente preocupação do documento com a situação das crianças migrantes, e os avanços da proteção destes indivíduos dentro da estrutura deste documento que visa guiar a atuação dos Estados no estabelecimento e promoção de políticas migratórias alinhadas aos direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos migratórios; Direito das crianças; Crianças refugiadas.

ABSTRACT

The purpose of the article is to analyze the protection for children in the “Global Pact for Safe, Orderly and Regular Migration”, a non-binding document that aims to establish guiding principles and objectives to guide the signatory States in adopting aligned migration policies that value promotion. human rights of migrants. The theme

¹ Doutoranda em Direito Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Fronteiras e Direitos Humanos pela UFGD. Membro da Cátedra Sérgio Vieira de Mello (UFGD). Professora da FATEC/PR. E-mail: julias Stefanello@outlook.com.br

² Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. E-mail: marcella_oldenburg@yahoo.com.br

is justified in view of the high vulnerability of these children, who occupy an extreme location within the migratory movements and are subject to violations to a greater degree, when compared to migrants who are already adults. The work is divided into three parts, first presenting the general structure and importance of the document. Subsequently, the vulnerability of migrant children is addressed, to then analyze the text of the Pact and the rights aimed at protecting this group. The study is carried out through a bibliographic review, with documentary analysis of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration ". Through this analysis, the document's evident concern with the situation of migrant children is perceived, and the advances in the protection of these individuals within the framework of this document, which aims to guide the actions of States in the establishment and promotion of migration policies aligned with human rights.

KEYWORDS: Migration rights; Children's rights; Refugee children.

INTRODUÇÃO

Visando estabelecer formas para que os movimentos migratórios ocorressem de uma maneira mais segura e digna para todos, o "Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular" é um documento não vinculativo, fundamentado em valores de soberania do Estado, compartilhamento de responsabilidade e não-discriminação de direitos humanos, referindo-se à migração em todas as suas dimensões.

A necessidade deste documento se fundamenta na vulnerabilidade da população migrante, agravada pela ausência de políticas migratórias alinhadas, tanto em uma dimensão internacional, como também na estrutura interna de muitos Estados.

Apesar dos migrantes, em geral, serem classificados na categoria de vulnerável³, entre estes indivíduos existem grupos que estão ainda mais sujeitos à violações de direitos humanos, como é o caso das crianças migrantes. Considerando que estas compõem expressiva parcela da população migrante⁴, é essencial que lhes sejam destinadas proteções jurídicas especiais, de acordo com suas necessidades.

O presente artigo tem como propósito analisar a existência de dispositivos

³ PIRES, Julia Stefanello. **Migrantes Vulneráveis e o Trabalho como Direito Humano**: o caso do Mato Grosso do Sul [recurso eletrônico]. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Universidade Federal da Grande Dourados, 2019.

⁴ CARNEIRO, Isabelle Dias. **A proteção das crianças e adolescentes refugiados no Brasil**: a necessidade de políticas públicas de integração. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Mackenzie, São Paulo, 2018.

especiais e a atenção dada a proteção de crianças dentro do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular. O estudo se dará a partir de uma revisão bibliográfica e análise documental do documento internacional, se estruturando em três partes.

Em um primeiro momento, serão abordados os aspectos gerais do Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular". Logo em seguida, será analisada a vulnerabilidade das crianças migrantes, compreendendo como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, de acordo com a Convenção sobre os Direitos da Criança⁵. Por fim, serão analisados se os dispositivos internacionais de proteção a crianças e a infância, foram observados no texto do Pacto para Migração.

1. O PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO SEGURA, ORDENADA E REGULAR

As migrações iniciam com um ato essencialmente individual, que levam o migrante a decidir abandonar sua sociedade de referência e buscar uma sociedade de acolhimento. Independente das variáveis motivações relacionadas ao movimento migratório, Peixoto⁶ afirma que as migrações "implicam uma ruptura social, que leva ao afastamento dos quadros de referência tradicionais e à procura de novos", tomada por uma decisão individual de rejeitar os anteriores laços coletivos, sem, no entanto, abandonar completamente sua essência, o que resulta e uma orientação que tem por base sua sociedade de referência mesmo muito tempo após sua partida.

O processo migratório se inicia com uma perda de direitos em seu país de origem, que pode impedir não somente a sobrevivência, mas como a própria existência de vida. Continua passando pelas questões que envolvem o trajeto migratório, e a quase certa violação de direitos durante o percurso, tornam os migrantes involuntários uma população vulnerável, ante a ausência de uma estrutura

⁵ CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 2 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acessado em 20 de setembro de 2020.

⁶ PEIXOTO, João. **Comunidade – Coletivo de Migrantes**. In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEAGA, Tuíla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). *Dicionário Crítico de Migrações Internacionais*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

de proteção que zele por seus direitos⁷. A chegada à sociedade de acolhida tampouco significa que as dificuldades se exauriram.

Com exceção dos refugiados, que possuem uma proteção jurídica internacional específica, os migrantes em geral sofrem com a ausência de uma estrutura de acolhimento e salvaguarda de seus direitos. Assim, é bem-vindo o estabelecimento de um documento internacional que vise alinhar as políticas migratórias dos países, visando diminuir os obstáculos enfrentados pelos migrantes, tanto no movimento migratório, quanto ao chegar ao país de acolhida.

O Pacto é um documento não vinculante, que visa estabelecer uma estrutura cooperativa, com base nos compromissos acordados pelos Estados Membros na Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes. O objetivo é promover a cooperação internacional entre todos os atores relevantes na migração, reconhecendo que nenhum Estado pode lidar com a migração sozinho, defendendo a soberania de Estados e suas obrigações ao abrigo do direito internacional. A organização do texto se divide em quatro partes:

Primeiramente, estabelece a visão e princípios orientadores do Pacto, que se guiam pelo entendimento comum, responsabilidades compartilhadas e unidade de propósito em relação à migração, sendo crucial que os desafios e oportunidades sejam fatores de união dos países, ao invés de gerar afastamento e disputa.

Os princípios orientadores, transversais e interdependentes, são: centrar nas pessoas; cooperação internacional; soberania nacional; Estado de direito e devido processo legal; desenvolvimento sustentável; direitos humanos; sensível ao gênero; sensível às crianças; abordagem para governo e sociedade como um todo.

Em um segundo momento, determina uma estrutura cooperativa, com base na declaração política e conjunto de compromissos assumidos na Declaração de Nova York para Refugiados. O framework determina 23 objetivos para uma migração segura, ordenada e regular, que devem ser observados pelos Estados na atuação de suas políticas migratórias.

⁷ PIRES, Julia Stefanello. **Migrantes Vulneráveis e o Trabalho como Direito Humano**: o caso do Mato Grosso do Sul [recurso eletrônico]. Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Universidade Federal da Grande Dourados, 2019.

Estes objetivos e compromissos, a serem cumpridos pelos signatários, vão desde coleta e manutenção de dados sobre migração, documentação, questões de trabalho, até a redução de vulnerabilidades dos migrantes. Tal tópico permite um estudo próprio, o que não será aprofundado neste artigo.

Por fim, o Pacto traz comprometimentos a serem observados para a implementação, acompanhamento e revisão do compromisso, visando uma atuação contínua e fortalecimento do comprometimento dos Estados com uma migração mais segura e digna.

O Pacto foi concluído em 2017 e cancelado em 2018, com a adesão de 181 países. O Brasil, a princípio, foi um dos países signatários ao compromisso não vinculativo, no entanto, em janeiro de 2019 o presidente Jair M. Bolsonaro anunciou a revogação da adesão do país ao Pacto.

Embora o Brasil não faça parte, atualmente, do compromisso internacional de mitigar os danos aos direitos humanos causados pelos movimentos migratórios, o documento é importante ao estabelecer, ainda que de maneira não vinculativa, objetivos, compromissos e uma estrutura concreta na disposição das questões migratórias, principalmente em grupos mais vulneráveis dentre os migrantes, como é o caso das crianças.

Para compreender a importância das determinações do Pacto, na área da proteção do direito das crianças migrantes, é necessário analisar a vulnerabilidade à que estão expostas, ocupando um lugar extremo dentro dos movimentos migratórios. Como se discorrerá no próximo tópico.

2. A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS MIGRANTES

Quando analisamos essa situação sob a ótica das crianças que adentram aos fluxos migratórios, tanto o grau de voluntariedade é menor, posto que não se pode exigir que crianças sejam totalmente conscientes e responsáveis de suas escolhas. Assim como a ruptura social se dá de maneira mais abrupta, já que na infância o ser humano ainda está desenvolvendo sua concepção de mundo, sendo extremamente cruel a percepção de que tudo aquilo que conhecia, já não existe mais.

As dificuldades enfrentadas no trajeto, como subornos, tráfico de pessoas, exploração sexual de mulheres e crianças, taxas de documentação, passagens, e caminhos duvidosos, fazem, ainda, que as migrações reativas ou involuntárias sejam tanto quanto seletivas no sentido demográfico, econômico e de gênero, favorecendo homens, jovens, com melhores condições financeiras e físicas ⁸(RICHMOND, 1992). Dessa forma, ainda que vulneráveis, existem dificuldades inerentes ao movimento migratório que acabam tornando a migração mais possível à um certo perfil de pessoas, do qual se excluem as crianças, independentemente de seu gênero.

Oportuno mencionar que, atualmente, as crianças fazem parte do grupo que compõe o maior número de refugiados, ao lado de mulheres e adolescentes⁹. Assim como os adultos, as crianças migrantes também contam com diversos motivos para deixar seu local de origem, como, por exemplo, escapar da pobreza, da violência política e doméstica, assim como com o intuito de alcançar melhores oportunidades de educação. Ou seja, busca-se uma melhor qualidade de vida.

No tocante ao processo de migração, as crianças possuem uma vulnerabilidade única, eis que estão amplamente expostas à diversas situações de risco. Não apenas as crianças são menos capazes do que os adultos de utilizar os recursos naturais disponíveis, como também são alvos fáceis para a violência e a exploração sexual¹⁰.

Estima-se que 71% das vítimas de tráfico humano sejam mulheres e meninas, que acabam se tornando vítima de casamentos forçados ou escravidão sexual¹¹. Ainda que acompanhadas de adultos, o que nem sempre corresponde à realidade, menores de idade são alvos fáceis para abusos, extorsões e violências.

Mesmo quando participantes de um fluxo migratório enquanto grupo familiar,

⁸ RICHMOND, Anthony H. Reactive Migration: Sociological Perspectives on Refugee Movements. In: **International Sociological Association**, Research Committee on Migration. Lisbon, 1992.

⁹ CARNEIRO, Isabelle Dias. **A proteção das crianças e adolescentes refugiados no Brasil: a necessidade de políticas públicas de integração**. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Mackenzie, São Paulo, 2018.

¹⁰ STEVENS, Bavo. **Making space for children in the Global Compact on Migration**. United Nations University. Disponível em: <https://ourworld.unu.edu/en/making-space-for-children-in-the-global-compact-on-migration>. Acesso em: 21 set. 2020.

¹¹ **UNODC. Global Report on Trafficking Persons 2016**. Disponível em: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.p. Acessado em 20 de setembro de 2020.

a política de tolerância zero nos Estados Unidos, intensificada em 2018, demonstra que as crianças migrantes não estão protegidas nem no seio de sua família. Estima-se que, entre maio e junho de 2018, mais de 2.300 crianças tenham sido separadas de seus pais e alojadas em depósitos comunitários¹², algumas tendo sido colocadas em gaiolas, em uma completa desumanização e desconsideração destas crianças enquanto sujeitos de direito.

Outro ponto importante a ser levantado é o comprometimento da saúde dos infantes ao longo do trajeto de um local a outro. Não raras vezes as crianças se encontram em estados críticos de desnutrição, assim como são frequentemente expostas a doenças, especialmente em razão das mudanças abruptas e deslocamentos forçados, causando-lhe problemas em seu desenvolvimento e trazendo consequências a seu futuro.

Em se tratando de crianças migrantes irregulares, o acesso à escola e aos cuidados básicos de saúde restam prejudicados, na medida em que tais serviços não são acessados diante do receio de detenção e deportação. Mesmo quando o status migratório está regularizado, em razão da dificuldade de comunicação e do preconceito sofrido pelos migrantes, as crianças acabam tendo sua matrícula no sistema de ensino obstada ou dificultada. Sem contar, ainda, o choque cultural e linguístico e a falta de preparo dos professores em lidar com crianças que possuem uma raiz cultural distinta.

Por fim, a privação de liberdade das crianças, mesmo que em curtos períodos, o choque cultural, a mudança de paradigmas e o preconceito sofrido enquanto migrante pode impactar negativamente no seu bem-estar, na medida em que consiste em danos físicos e psicológicos. Neste panorama, o Pacto Global para Migração foi criado para tornar o processo de migração mais seguro, ordenado e regular, apresentando especial proteção aos direitos das crianças, conforme veremos a seguir.

¹² ALKIMIN, Maria Aparecida. MARUCO, Fábila de Oliveira Rodrigues. **Crianças Em Gaiolas Separadas De Seus Pais: Dissonância Da Política Migratória Americana Com Os Instrumentos Internacionais De Proteção Aos Direitos Humanos Da Criança.** In: Conquistas, retrocessos e desafios na concretização dos Direitos Humanos. Anais, Lorena/SP, 2018.

3. ANÁLISE SOBRE A PROTEÇÃO ESPECÍFICA DE CRIANÇAS NO PACTO GLOBAL PARA MIGRAÇÃO

O Pacto Global para Migração possui enfoque especial nas crianças e traz aos Estados deveres de proteger, integrar e empoderar todas os infantes. Com as medidas propostas, as crianças migrantes podem contar com um melhor acesso à educação e à saúde, assim como os Estados e as comunidades podem oferecer uma proteção mais rigorosa contra a exploração e a violência.

O posicionamento das crianças como atores centrais neste processo de mobilidade urbana é de suma importância para que sejam mitigadas as violações aos direitos humanos. Neste sentido, Isabel Cantinho expõe que:

O direito à participação e chance de ser ouvida em questões que dizem respeito direta ou indiretamente à criança proporciona uma oportunidade de exercício da agência política e certo empoderamento sobre seus próprios direitos, na medida em que possibilita algum tipo de influência nas decisões políticas sobre o seu melhor interesse.¹³

Destaca-se que, dentre os princípios orientadores do Pacto Global para Migração, vislumbra-se uma passagem destinada especificamente aos direitos das crianças, ao determinar, em tradução livre, que o documento

promove a existência de obrigações legais internacionais em relação aos direitos da criança e defende o princípio do melhor interesse da criança em todos os momentos, como uma consideração prioritária em todas as situações relativas às crianças no contexto da migração internacional, incluindo crianças desacompanhadas e separadas.¹⁴

¹³ CANTINHO, Isabel. **Crianças-Migrantes no Brasil**: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos. O Social da Questão. Ano XXI, nº 41, maio a agosto/2018. p. 163.

¹⁴ Texto original: "The Global Compact promotes existing international legal obligations in relation to the rights of the child, and upholds the principle of the best interests of the child at all times, as a primary consideration in all situations concerning children in the context of international migration, including unaccompanied and separated children".

Um dos objetivos trazidos pelo aludido pacto em relação aos migrantes infantis é concernente ao fornecimento de informações precisas e oportunas em todas as etapas da migração a serem prestadas entre os Estados, as comunidades e os migrantes. Desta forma, o item 19-c¹⁵ dispõe que devem ser oferecidas oportunidades de comunicação com os representantes consulares do país de origem, disponibilizando informações relevantes, inclusive sobre direitos humanos e liberdades fundamentais, proteção e assistência adequadas, opções e vias para migração regular e possibilidades de retorno, no idioma da pessoa em questão.

Em se tratando de documentação adequada, o item 20-e¹⁶ expõe a necessidade de reforçar medidas para reduzir a apatridia, incluindo o registro de nascimentos de migrantes, fornecendo nacionalidade às crianças nascidas em território de outro Estado, respeitando o direito humano à nacionalidade e de acordo com a legislação nacional.

Quanto à exploração do trabalho infantil, o tema também é devidamente abordado no item 22-e, f e h, determina a promulgação e implementação de leis "(...) sancionem violações dos direitos humanos e trabalhistas, especialmente em casos de trabalho forçado e infantil (...)", bem como reforçar a aplicação do recrutamento justo e ético e das normas e políticas de trabalho digno, para prevenir toda forma de exploração no trabalho, inclusive o infantil, em uma clara consciência de que nem todos os países signatários possuem tal estrutura jurídica.

Com o intuito de reduzir as vulnerabilidades no processo de migração, em seu item 23-f¹⁷ o documento pretende oferecer proteção às crianças desacompanhadas e separadas em todos os estágios da migração, utilizando-se de procedimentos especializados para sua identificação, encaminhamento, cuidado e reunificação familiar.

Outrossim, intenta-se promover o acesso a serviços de saúde, educação, assistência jurídica e o direito de ser ouvido em procedimentos administrativos e judiciais, incluindo a nomeação rápida de um tutor legal competente e imparcial,

¹⁵ GLOBAL COMPACT FOR SAFE, ORDERLY AND REGULAR MIGRATION. Julho de 2018. Disponível em: <https://www.un.org/pga/72/wp-content/uploads/sites/51/2018/07/migration.pdf>. Acessado em 23 de setembro de 2020.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

sendo as crianças protegidas de todas as formas de violência e adotando-se soluções sustentáveis que atendam aos seus melhores interesses.

O Objetivo 10 do Pacto Global para Migração traz disposições acerca do tráfico de pessoas. Nesta toada, existe um comprometimento para aprimorar a identificação, proteção e assistência aos migrantes que se tornaram vítimas de tráfico, com atenção especial às mulheres e às crianças.

Oportuno dizer ainda que, de acordo com o item 28-d¹⁸, faz-se necessário garantir que as crianças migrantes sejam prontamente identificadas nos locais de primeira chegada nos países de trânsito e destino, e, caso estejam desacompanhadas ou separadas, sejam rapidamente encaminhadas às autoridades de proteção à criança e outros serviços considerados relevantes.

Conforme mencionado anteriormente, a privação de liberdade das crianças, por mais breve que seja, é capaz de causar graves danos psicológicos. Assim sendo, o item 29-a¹⁹ incentiva a utilização de mecanismos de direitos humanos relevantes existentes para melhorar o monitoramento independente da detenção de migrantes, garantindo que seja uma medida de último recurso, buscando o implemento de formas alternativas.

Relativamente ao acesso à educação, o item 31-f²⁰ dispõe que deve ser fornecida educação inclusiva e equitativa para crianças migrantes, bem como facilitado o acesso às oportunidades de aprendizagem, inclusive fortalecendo as capacidades dos sistemas de educação e facilitando o acesso não discriminatório ao desenvolvimento da primeira infância.

Em complemento, o item 32-i²¹ revela um aspecto importante no sentido de promover ambientes escolares que sejam acolhedores e seguros, de maneira a apoiar as aspirações das crianças migrantes, melhorando as relações dentro da comunidade escolar, incorporando informações baseadas em evidências sobre a migração nos currículos educacionais e dedicando recursos direcionados a escolas com alta concentração de crianças migrantes para integração atividades, com a

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

finalidade de incentivar o respeito pela diversidade e inclusão e prevenir todas as formas de discriminação, incluindo racismo, xenofobia e intolerância.

Face ao exposto, é possível vislumbrar que o Pacto Global para Migração é um instrumento que oferece uma oportunidade histórica para a proteção dos direitos das crianças migrantes, na medida em que as coloca no centro das discussões e prioriza seu melhor interesse. Muito embora não seja um documento vinculante, traz expressivas diretrizes para guiar a proteção integral das crianças e mitigar a violação de direito humanos no processo de migração.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos migratórios, por si só, já são sinônimos de vulnerabilidades e propensão à violações de direitos daqueles que se veem compelidos à adentrar aos fluxos, independente do motivo que o façam. Porém, dentro deste grupo, existem indivíduos que gozam de uma vulnerabilidade ainda maior, como é o caso das crianças.

As necessidades nutritivas, sociais, psicológicas, pedagógicas, e etc., demandadas pelo ser humano em sua fase de infância, muitas vezes são negligenciadas, ou negadas, àquelas crianças que são, também, migrantes.

Diante destas observações, a atenção do "Pacto Global Para Migração Segura, Ordenada e Regular" destinada à proteção e promoção dos direitos das crianças em situação de migração é um dos aspectos positivos do texto.

Embora no Brasil exista uma proteção jurídica específica para o tema, assim como a atenção à infância é observada em todo o texto legal, deve-se considerar que tal feito não se repete em todos os países do globo. É evidente que a existência de uma norma específica não é garantia de que estes direitos serão cumpridos, mas a ausência da proteção legal facilita para que os direitos permaneçam sendo violados, sem perspectiva de punição ou enfrentamento.

Ainda há muito que se caminhar na proteção das crianças migrantes, levando-se em consideração que o Pacto é um documento não vinculativo, bem como a revogação da assinatura do Brasil e não aderência de outros países rotas importantes do fluxo migratório, como os Estados Unidos. Porém, a positivação da

necessidade de atenção destes direitos, é um passo para a defesa efetiva e proteção das crianças migrantes.

REFERÊNCIAS

ALKIMIN, Maria Aparecida. MARUCO, Fábila de Oliveira Rodrigues. **Crianças Em Gaiolas Separadas De Seus Pais: Dissonância Da Política Migratória Americana Com Os Instrumentos Internacionais De Proteção Aos Direitos Humanos Da Criança.** In: Conquistas, retrocessos e desafios na concretização dos Direitos Humanos. Anais, Lorena/SP, 2018.

CANTINHO, Isabel. **Crianças-Migrantes no Brasil: vozes silenciadas e sujeitos desprotegidos.** O Social da Questão. Ano XXI, nº 41, maio a agosto/2018. p. 163.

CARNEIRO, Isabelle Dias. **A proteção das crianças e adolescentes refugiados no Brasil: a necessidade de políticas públicas de integração.** Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Mackenzie, São Paulo, 2018.

CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA. 2 de setembro de 1990. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acessado em 20 de setembro de 2020.

GLOBAL COMPACT FOR SAFE, ORDERLY AND REGULAR MIGRATION. Julho de 2018. Disponível em: <https://www.un.org/pga/72/wp-content/uploads/sites/51/2018/07/migration.pdf>. Acessado em 23 de setembro de 2020.

PEIXOTO, João. **Comunidade – Coletivo de Migrantes.** In: CAVALCANTI, Leonardo; BOTEGA, Tuíla; TONHATI, Tânia; ARAÚJO, Dina (Orgs.). Dicionário Crítico de Migrações Internacionais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2017.

PIRES, Julia Stefanello. **Migrantes Vulneráveis e o Trabalho como Direito Humano: o caso do Mato Grosso do Sul [recurso eletrônico].** Dissertação (Mestrado em Fronteiras e Direitos Humanos) – Universidade Federal da Grande Dourados, 2019.

RICHMOND, Anthony H. Reactive Migration: Sociological Perspectives on Refugee Movements. In: **International Sociological Association**, Research Committee on Migration. Lisbon, 1992.

STEVENS, Bavo. **Making space for children in the Global Compact on Migration.** United Nations University. Disponível em: <https://ourworld.unu.edu/en/making-space-for-children-in-the-global-compact-on-migration>. Acesso em: 21 set. 2020.

UNODC. Global Report on Trafficking Persons 2016. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/data->

andanalysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.p. Acessado em 20 de setembro de 2020.

PARTE VIII

DIREITOS FUNDAMENTAIS, EMPRESAS, TRIBUTAÇÃO E ORÇAMENTOS

18. PILAR II: A RESPONSABILIDADE DAS EMPRESAS EM RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS

PILLAR II: THE CORPORATE RESPONSIBILITY TO RESPECT HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-18>

Patricia Almeida de Moraes¹

Resumo

As violações de direitos humanos por empresas têm se intensificado e se tornado cada vez mais frequentes ao redor do globo. A ONU vem buscando, já há algumas décadas, formas de proteger os direitos humanos neste sentido. As iniciativas mais emblemáticas se deram a partir da aprovação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, escritos por John Ruggie, em 2011 e a recente discussão sobre criação do tratado internacional a respeito do tema. Os Princípios Orientadores são baseados em três pilares "Proteger, Respeitar e Remediar", e estabelecem a atuação do Estado e das Empresas para a aplicação destes princípios. O presente artigo busca demonstrar de que forma as Empresas devem atuar para atingir esse objetivo, por meio da Responsabilidade Social Corporativa, códigos de condutada internos e um sistema de *due diligence*, a realizar uma avaliação de seus impactos reais e potenciais sobre os direitos humanos, para que o respeito aos direitos humanos se dê de forma efetiva. O estudo foi elaborado a partir do método qualitativo e a pesquisa foi pautada no levantamento bibliográfico e documental enquanto técnica de investigação.

Palavras-chave: Empresas e Direitos Humanos; Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos; responsabilidade social corporativa.

Abstract

Human rights violations by companies have intensified and become more and more frequent around the globe. The UN has been looking for ways to protect human rights in this regard, especially since the approval of the Guiding Principles on Business and Human Rights, written by John Ruggie, in 2011 and the recent discussion on the creation of the international treaty about the topic. The Guiding Principles are based

¹ Doutoranda e Mestre (2019) em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (CAPES 6), bolsista Capes. Graduada em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2012-2017). Membro do Global Business and Human Rights Scholars Association. Membro da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Integrante do grupo de pesquisa Direitos Humanos e Direito Internacional: convergências e divergências e do grupo de pesquisa Business and Human Rights.

on three pillars "Protect, Respect and Remedy", and establish the performance of the State and Companies for the application of these principles. This article seeks to demonstrate how companies should act to achieve this objective, through Corporate Social Responsibility, internal codes of conduct and a due diligence system, to carry out an assessment of their real and potential impacts on human rights, so that respect for human rights takes place effectively. The research was based on the qualitative method and the research was based on the bibliographical and documentary survey as an investigation technique.

Keywords: Business and Human Rights; UN Guiding Principles for Business and Human Rights; corporate social responsibility.

INTRODUÇÃO

As corporações transnacionais criaram complexas e distantes redes de produção, com a instalação de subsidiárias de companhias multinacionais, responsáveis pela produção em países com menor expressividade no comércio internacional e que, geralmente, possuem governança e instituições internas fracas. São nestes países que a incidência de abusos a direitos humanos relacionados a empresas é significativamente mais alta, pois não há leis locais, ou as leis existentes não são executadas.²

Diante deste cenário de violações, há algumas décadas a ONU vem realizando diversas iniciativas no sentido de coibir a atuação danosa das empresas. Em 1973 a ONU criou a comissão sobre Corporações transnacionais para a elaboração de um código de conduta corporativo para as empresas³, entretanto, devido à diversos desacordos entre os países, não houve ratificação do código, e em 1994 a comissão foi dissolvida.⁴

Em 2000 foram retomadas as discussões sobre o tema, o ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan, lançou a ideia de elaboração de princípios para a atividade empresarial, com o objetivo de mobilizar a comunidade empresarial internacional para a adoção de negócios, de valores fundamentais e aceitos nas áreas de direitos

² RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014. p. 88-89.

³ UNITED NATIONS. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. 1983. Disponível em: < <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/289> > Acesso em 01 de setembro de 2020.

⁴ SURYA DEVA. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies. European Company Law, Vol. 9, No. 2, pp. 101-109, 2012; Documento de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo nº 2012-10, publicado em 26 de março de 2012.

humanos, relações de trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, assim surgiu o “Pacto Global”⁵. Trata-se de uma iniciativa voluntária e de auto regulação das empresas, e por tal motivo não se mostrou efetiva na proteção dos direitos humanos.

Assim, algo mais precisaria ser feito, foi então que em 2005, John Ruggie foi nomeado para o cargo de Representante Especial do Secretário-Geral da ONU para empresas e direitos humanos. Ruggie ficou encarregado de clarificar os padrões de responsabilidade corporativa das empresas transnacionais quanto ao respeito aos direitos humanos, além de ter de situar o papel dos Estados na regulação eficaz sobre o dever das empresas no respeito e na proteção aos direitos humanos, observando a cooperação internacional. Assim, surgiu os Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos.

O presente trabalho irá analisar o Pilar II dos Princípios Orientadores e verificar de forma a empresa deve atuar para respeitar aos direitos humanos, conforme este documento. Utilizou-se o método qualitativo e pesquisa bibliográfica e documental, partindo de uma análise e interpretação dos princípios, para buscar sua aplicação na prática, no que tange às empresas.

1. OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES DA ONU PARA EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

Quando nomeado, John Ruggie tinha a missão de se concentrar na identificação e promoção de boas práticas, e no fornecimento de ferramentas que permitisse às companhias lidar, de forma voluntária, com complexo emaranhado de desafios referente às empresas e direitos humanos. Em junho de 2011, o Conselho de Direitos Humanos da ONU endossou, por unanimidade, o conjunto de princípios orientadores sobre empresas e direitos humanos.⁶

Ruggie destacou que a contribuição normativa dos Princípios Orientadores não se tratava da criação de novas obrigações de direito internacional, mas da elaboração de implicações dos padrões e práticas existentes para estados e

⁵ SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Editora CRV. Curitiba 2016, p. 148-169, p. 151.

⁶ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014. p. 22-23

empresas, de forma a integrá-los em um modelo único, logicamente coerente e abrangente, e identificar onde o regime atual é insuficiente e como ele poderia ser melhorado.⁷

Esses princípios estipulam de forma detalhada as etapas necessárias para que governos e empresas implementem o Quadro Referencial “Proteger, Respeitar e Remediar”, que é composto por três pilares: i) o dever dos Estados de proteger contra abusos cometidos contra direitos humanos por terceiros, por meio de políticas, regulamentação e julgamento apropriados; ii) a responsabilidade independente das empresas de respeitar os direitos humanos, com a realização de processos de auditoria (*due diligence*) para evitar violações de direitos, e abordar os impactos negativos resultantes; iii) a necessidade de maior acesso das vítimas à reparação efetiva, por meio de ações judiciais e extrajudiciais.⁸ Todavia, os princípios Ruggie, configuram-se como *soft law*, vez que suas disposições não vinculam juridicamente os Estados e as empresas que o adotaram.

O foco do presente trabalho é no Pilar II, que é composto por quatorze princípios, e trata da responsabilidade das empresas em respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁹, de forma que devem se abster de infringir os direitos humanos e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos que tenham envolvimento. Assim, as empresas devem evitar que suas próprias atividades gerem impactos negativos sobre os direitos humanos, ou que para estes contribuam, bem como enfrentem essas consequências quando vierem a ocorrer. Busquem prevenir ou mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos, relacionados com suas operações comerciais, inclusive quando não tenham contribuído para gerá-los.

⁷ RUGGIE, John Gerard. Protect, Respect and Remedy – a framework for Business and Human Rights. Innovation/spring 2008. Disponível em: < <https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189> > Acesso em 27 de agosto de 2020.

⁸ UNITED NATIONS. Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. New York and Geneva, 2011. Disponível em: < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf > Acesso em 05 de setembro de 2020.

⁹ Os direitos internacionalmente reconhecidos são os enunciados na Carta Internacional de Direitos Humanos e os princípios relativos aos direitos fundamentais estabelecidos na Declaração da Organização Internacional do Trabalho relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Não há restrição para se exigir a adoção dos princípios, como tamanho, setor, estrutura da empresa, mas todas devem agir de acordo com o que estabelecem os princípios. Para cumprir com sua responsabilidade de respeito aos direitos humanos, as empresas precisam estabelecer políticas e procedimentos apropriados, em função de seu tamanho e circunstâncias, por meio de um compromisso político em que assumam a responsabilidade de respeitar os direitos humanos. Além disso devem estabelecer um processo de auditoria em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de seu impacto sobre os direitos humanos, e processos que permitam reparar as consequências negativas sobre os direitos humanos.¹⁰

2. O PAPEL DAS EMPRESAS NO RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS

Aos poucos, as empresas iniciam um processo de autorregulação em resposta a descoberta de grandes violações de direitos humanos em suas cadeias de produção.¹¹ Os Códigos de Conduta nas empresas transnacionais, atualmente, consistem em um esforço de autorregulação, como um modo de estabelecer uma imagem positiva junto a sociedade internacional e civil. Por meio de códigos de conduta as transnacionais estabelecem padrões e princípios para o desenvolvimento de suas atividades, e tornam público esse compromisso que assumem. Dessa forma, os códigos de conduta buscam estabelecer práticas empresariais responsáveis, controlar o comportamento de seus fornecedores, bem como comunicar isso a seus consumidores.¹²

¹⁰ CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. Empresas e direitos humanos - Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar - Relatório final de John Ruggie - representante especial do secretário-geral. p. 10-12. Disponível em: < [http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf) > Acesso em 05 de agosto de 2020.

¹¹ A Nike foi uma das primeiras empresas a adotar um código de conduta, no início dos anos 2000, em resposta à descoberta do uso de trabalho em condições análogas à de escravo em sua cadeia produtiva. O seu código de conduta está disponível em: < http://s1.q4cdn.com/806093406/files/doc_downloads/governance/2011-Inside-the-Lines-online-booklet-FINAL-11-10-26.pdf >. Acesso em 03 de setembro de 2020.

¹² DREBES Maïke J. Impediments to the implementation of voluntary codes of conduct in production factories of the Global South: so much to do, so little done. *Third World Quarterly*, 2014. Vol 35, n. 2, p. 1256-1272. Disponível em: < <http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01436597.2014.926115> > Acesso em 09 de setembro de 2020.

4.1 Responsabilidade Social Corporativa

As corporações passaram a adotar voluntariamente códigos próprios de conduta e de proteção socioambiental, dando ensejo à responsabilidade social corporativa. Esse instrumento abrange recomendações ou regras emitidas por entidades da sociedade, com a intenção de influenciar no comportamento de outras entidades, de negócios dentro da sociedade, para que haja um aumento desta responsabilidade corporativa.¹³

A Responsabilidade Social Corporativa é tida como o conjunto de práticas éticas desenvolvidas pelas empresas, com o objetivo de garantir a proteção trabalhista e socioambiental das comunidades onde encontram-se instaladas ou onde suas subsidiárias e empresas terceiradas estão.¹⁴ A adoção destas práticas se opõem à ideia de que as corporações não devem ter outras responsabilidades senão atender à clássica exigência de seus acionistas, que é a busca do lucro. Mas há outra possibilidade, trata-se de imprimir às corporações outros objetivos e metas, neste sentido:

a visão socioeconômica defende o papel da organização na promoção do bem-estar social, com objetivos mais amplos do que a obtenção de lucros corporativos e geração de empregos, sem, contudo, ignorá-los. Alguns de seus princípios são: foco nos lucros de longo prazo para o negócio; obtenção de melhor imagem junto à sociedade e menor regulamentação governamental para o negócio; incorporação de maiores obrigações sociais para o negócio; promoção de melhor ambiente para todos. De acordo com esta abordagem, a empresa estará cumprindo sua responsabilidade social na medida em que proporcionar uma melhora nas condições de vida da sociedade.¹⁵

¹³ KOLK, Ans; VAN TULDER, Rob; WELTERS, Carlijn. International Codes of Conduct and Corporate Social Responsibility: Can Transnational Corporations Regulate Themselves?. Transnational Corporations, Vol. 8, Issue 1, 1999. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=182830 > Acesso em: 09 de setembro 2020.

¹⁴ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Empresas Diretos Humanos e Gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Editora Buqui. São Paulo 2015, p.88.

¹⁵ SERPA, Daniela; FOURNEAU, Lucelena. Responsabilidade social corporativa: uma investigação sobre a percepção do consumidor. Revista de administração Contemporânea. Col. 11 n. 3 jl/set.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a responsabilidade social corporativa é um reflexo consciência que os dirigentes das empresas têm de seus impactos na sociedade, e um instrumento para afirmar os princípios e valores pelos quais são governadas, tanto em seus próprios métodos e processos internos, bem como em seu relacionamento com outros atores. Essa é uma iniciativa voluntária que é apenas dependente da empresa e refere-se a atividades que são consideradas além do mero cumprimento da legislação.¹⁶

Os códigos de conduta devem apresentar formas de prevenir e mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos, e devem estabelecer maneiras de serem realizadas reparações em casos de violação se efetivar.

O processo ideal de elaboração de um código de conduta promoveria a consulta das partes interessadas, como os empregados de todos os setores da companhia, os acionistas e representantes da sociedade. Além disso, a elaboração de relatórios posteriores de avaliação, demonstrando quais as prioridades, as lacunas ainda existentes e as necessidades a serem supridas dentro da empresa, seria de grande importância para a atualização do código de conduta e a continuidade na proteção dos direitos humanos. A adoção de procedimentos que garantam a participação de todos os envolvidos, ou stakeholders.

Assim se evita que o código seja adotado somente *pro forma*, na tentativa de demonstrar, especialmente aos consumidores, que há preocupação com os direitos coletivos e com a proteção do meio ambiente. Ou seja, que a adoção do código seja uma ação de marketing, sem qualquer preocupação com sua implementação, sem mesmo que os próprios funcionários tenham conhecimento do conteúdo do código de conduta e os direitos que possuem.¹⁷

2007. Curitiba., p. 85. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300005> Acesso em 03 de setembro de 2020.

¹⁶ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Para debate y orientacion. Subcomisión de Empresas Multinacionales. Ginebra, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb295/pdf/mne-2-1.pdf>> Acesso em 09 de setembro de 2020.

¹⁷ MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações de direitos humanos por multinacionais: a atuação dos Estados e das empresas. Revista de Direito Empresarial -RDEmp. Belo Horizonte, ano 15, n.1, p. 173-194, jan./abr. 2018.

Atualmente, muitas iniciativas de responsabilidade social podem ser vistas nas grandes empresas transnacionais, como Nike¹⁸, Shell¹⁹, IKEA²⁰, Coca-Cola²¹, Nestlé²², British Petroleum²³, Chevron²⁴, GAP²⁵, que adotaram códigos de conduta e criaram departamentos específicos de responsabilidade social corporativa e sustentabilidade. Essas iniciativas se mostram de grande importância, pois não apenas impactam na promoção, proteção e realização de ações que buscam proteger os direitos humanos, como também, atraem maiores investimentos estrangeiros, alertando os Estados da necessidade de efetivação e elaboração de normas que de proteção aos direitos humanos e ambientais em âmbito nacional.²⁶

No entanto, uma das principais críticas feitas aos códigos de conduta elaborados pelas empresas transnacionais, é a de que tais atores somente adotaram esta forma de codificação própria com o objetivo de evitar o estabelecimento de normas internacionais mais rígidas na proteção socioambiental na condução de suas atividades.²⁷ Outro importante fator a ser questionado, é a forma como as

¹⁸ Código de ética da Nike. THE NIKE code of Ethics. Inside the Lines. Disponível em: <http://s1.q4cdn.com/806093406/files/doc_downloads/governance/2011-Inside-the-Lines-online-booklet-FINAL-11-10-26.pdf>. Acesso em 03 de dezembro de 2017.

¹⁹ Código de ética da Shell. Disponível em: <<http://www.shell.com/about-us/our-values/code-of-ethics.html#vanity-aHR0cDovL3d3dy5zaGVsbC5jb20vZ2xvYmFsL2Fib3V0c2h1bGwvd2hvLXdllWFyZS9vdXltdmFsdWVzL2NvZGUtb2YtZXRoZWZlLnMh0bWw>> Acesso em 04 de dezembro de 2017.

²⁰ Código de conduta IKEA. Iway standard. Disponível em: <http://www.ikea.com/ms/en_AU/about_ikea/our_responsibility/iway/> Acesso em 04 de dezembro de 2017.

²¹ Código e conduta empresarial The COCA-COLA Company. Code of business conduct. Disponível em: <http://assets.coca-colacompany.com/45/59/f85d53a84ec597f74c754003450c/COBC_English.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2017.

²² Código de conduta Nestlé. Code of business conduct. Disponível em: <http://www.nestle.com/asset-library/Documents/Library/Documents/Corporate_Governance/Code_of_Business_Conduct_EN.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2017.

²³ Código de conduta BP. Our code our responsibility. Disponível em: <<https://www.bp.com/content/dam/bp/pdf/about-bp/code-of-conduct/bp-code-of-conduct-english.pdf>> Acesso em 04 de dezembro de 2017

²⁴ Código de conduta Chevron. Chevron's Business conduct and ethics expectations for suppliers and contractors. Disponível em: <<https://www.chevron.com/-/media/shared-media/documents/SupplierExpectations.pdf>> Acesso em 04 de dezembro de 2017

²⁵ Código de conduta GAP. Our worldwide code of business conduct. Disponível em: <http://www.gapinc.com/content/dam/gapincsite/documents/COBC/COBC_english.pdf> Acesso em 04 de dezembro de 2017.

²⁶ CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Empresas Diretos Humanos e Gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Editora Buqui. São Paulo 2015, p.90.

²⁷ Idem.

empresas impõem a observância de seus códigos de conduta internamente, bem como de que forma se dá a fiscalização quanto ao cumprimento das regras previstas nestes códigos.

4.2 *Due Diligence* em Direitos Humanos

Conforme o princípio 17 dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos da ONU, como primeiro passo do *due diligence*, a companhia precisa identificar o aspecto de impactos negativos em direitos humanos com os quais poderia se envolver, seja por meio de suas próprias atividades, ou em suas diferentes relações comerciais. Levar a empresa a um cálculo dos riscos de sua atividade e com isso avaliar onde deve concentrar seus esforços.

As empresas devem agir com a devida diligência para afastar a responsabilidade, de forma a orientar as decisões da companhia de prevenir e resolver impactos adversos nos direitos humanos. A devida diligência envolve a adoção de políticas integradas em todas as áreas da empresa, acompanhamento de ações com potenciais impactos, transparência e criação de mecanismos para lidar com violações que não podem ser evitadas²⁸.

De acordo com John Ruggie²⁹, a auditoria em matéria de direitos humanos deve ter como objetivo fazer com que as companhias abordem sua responsabilidade de respeitar os direitos, não podendo se limitar a identificar e administrar riscos importantes para a própria empresa, devendo incluir os direitos dos indivíduos e das comunidades afetadas. Além disso, não deve se tratar simplesmente de cálculo de probabilidades, deve ter participação significativas dos indivíduos detentores de direitos. Essa auditoria deve ser realizada de forma periódica, durante o ciclo de vida do projeto em questão.

Nesse sentido há dois conceitos essenciais que devem abranger a responsabilidade das empresas: a esfera de influência e a cumplicidade. As esferas

²⁸ SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Editora CRV. Curitiba 2016, p. 148-169, p. 156.

²⁹ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014. p. 157.

de influência são importantes para a atribuição de responsabilidade tanto das ações diretas da companhia quanto das ações de outros entes dentro de sua esfera de influência, de forma que, quanto maior a influência, mais responsabilidade em relação à conduta daqueles que poderiam ser influenciados. No entanto, essa responsabilidade é limitada pelo conceito de cumplicidade. A devida diligência evita a cumplicidade nas violações de direitos humanos, não só em relação à conduta da própria empresa, mas também nas relações com entes em sua esfera de influência.³⁰

Logo, a exigência da realização de auditoria não se aplica apenas às atividades da companhia, mas também aos relacionamentos comerciais ligados a tais atividades, como por exemplo, sua cadeia de fornecimento, forças de segurança que pretejam ativos da empresa e sócios em empreendimentos conjuntos. Assim, quando uma empresa causa ou contribui para gerar algum impacto negativo, ela deve tomar as medidas necessárias para acabar com a situação ou preveni-la. Se uma empresa não tiver causado nem contribuído para os impactos negativos, mas suas operações, produtos e serviços estiverem diretamente ligados ao impacto por meio de outra entidade com a qual mantém relações comerciais – por exemplo um fornecedor que utiliza trabalho forçado, sem que a companhia saiba e em desobediência aos termos do contrato -, a companhia deverá usar a influência que tiver sobre aquela entidade para prevenir ou mitigar o impacto. Se os esforços não surtirem efeitos, a empresa deve examinar as possibilidades de romper o relacionamento com a entidade em questão.³¹

Assim, as ações exigidas das corporações devem variar de acordo com o tamanho da empresa, com o risco de impactos severos em direitos humanos e a natureza e contexto de suas operações. Além disso, o processo de *due diligence* deve ser contínuo, vez que os riscos se modificam no tempo de acordo com a evolução de suas operações e as consultas dos diferentes afetados, como os funcionários da

³⁰ SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Editora CRV. Curitiba 2016, p. 148-169, p. 156.

³¹ RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014. p. 172.

empresa, consumidores, fornecedores, terceiros, devendo ser inclusivas e frequentes.³²

CONCLUSÃO

As violações de direitos humanos por companhias multinacionais é uma questão urgente, que ocorre há muitos anos, mas que precisa de uma solução. A ONU vem estudando uma solução, e a partir disso criou diversos documentos internacionais que buscam trazer uma proteção aos direitos humanos.

A ainda recente aprovação dos Princípios Orientadores pela ONU se mostrou um avanço no reconhecimento da responsabilidade das empresas por violações aos direitos humanos. De forma que as transnacionais possuem papel importante neste contexto, pois além do dever de não violar os direitos humanos, também devem respeitá-los e protegê-los, considerando sua grande influência, tanto na cadeia de fornecedores, como na sociedade como um todo.

Assim, os códigos de conduta internos destas grandes empresas possuem enorme importância, de forma que podem inclusive criar uma cultura de proteção aos direitos humanos em Estados com administrações ineficientes, mas apesar disso, é indispensável a participação do Estado na promoção, controle e punição das empresas transnacionais caso estas venham a agir contra a integridade física e moral dos indivíduos, em descumprimento às regras do Estado e aos princípios de seu próprio código de conduta.

Além disso, mostra-se necessário que os códigos de responsabilidade social corporativa das empresas não sirvam apenas como uma estratégia de marketing, elaborados com o objetivo de atrair mais consumidores, mas sim que as disposições contidas nestes códigos, beneficiem efetivamente os funcionários que trabalham nas empresas e os consumidores dos produtos e serviços por elas prestados. As companhias também devem aplicar os princípios de seus códigos às demais

³² MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações de direitos humanos por multinacionais: a atuação dos Estados e das empresas. Revista de Direito Empresarial -RDEmp. Belo Horizonte, ano 15, n.1, p. 173-194, jan./abr. 2018.

empresas com quem contratam, em toda sua cadeia de fornecedores (supply chain), fazendo com que as empresas menores também respeitem os direitos humanos.

As empresas deixaram de ter como objetivo apenas a busca incessante pelo lucro, e em decorrência de uma demanda da sociedade, passaram a se utilizar de códigos de conduta e da responsabilidade social corporativa.

Ademais, para além da responsabilização em âmbito doméstico das empresas, busca-se uma responsabilização internacional por violações de direitos humanos, em decorrência da ausência de mecanismos de remediação em países fracos economicamente, o que teve seu primeiro passo a partir dos Princípios Orientadores e permanece em evolução com a construção do *Draft* do tratado internacional sobre o tema.

REFRÊNCIAS

CARDIA, Ana Cláudia Ruy. Empresas Diretos Humanos e Gênero: desafios e perspectivas na proteção e no empoderamento da mulher pelas empresas transnacionais. Editora Buquì. São Paulo 2015.

CONNECTAS DIREITOS HUMANOS. Empresas e direitos humanos - Parâmetros da ONU para proteger, respeitar e reparar - Relatório final de John Ruggie - representante especial do secretário-geral. p. 10-12. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos-site/Conectas_Princ%C3%ADpiosOrientadoresRuggie_mar2012(1).pdf)> Acesso em 05 de agosto de 2020.

DREBES Maïke J. Impediments to the implementation of voluntary codes of conduct in production factories of the Global South: so much to do, so little done. *Third World Quarterly*, 2014. Vol 35, n. 2, p. 1256-1272. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/01436597.2014.926115>> Acesso em 09 de outubro de 2017.

KOLK, Ans; VAN TULDER, Rob; WELTERS, Carlijn. International Codes of Conduct and Corporate Social Responsibility: Can Transnational Corporations Regulate Themselves?. *Transnational Corporations*, Vol. 8, Issue 1, 1999. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=182830> Acesso em: 09 de setembro 2020.

MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações de direitos humanos por multinacionais: a atuação dos Estados e das empresas. *Revista de Direito Empresarial - RDEmp*. Belo Horizonte, ano 15, n.1, p. 173-194, jan./abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Para debate y orientacion. Subcomisión de Empresas Multinacionales. Ginebra, 2006. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/gb/docs/gb295/pdf/mne-2-1.pdf> > Acesso em 09 de setembro de 2020.

RUGGIE, John Gerard. Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos. Editora: Planeta Sustentável. São Paulo. 2014
RUGGIE, John Gerard. Protect, Respect and Remedy – a framework for Business and Human Rights. Innovation/spring 2008. Disponível em: <<https://www.mitpressjournals.org/doi/pdf/10.1162/itgg.2008.3.2.189> > Acesso em 27 de agosto de 2019.

SERPA, Daniela; FOURNEAU, Lucelena. Responsabilidade social corporativa: uma investigação sobre a percepção do consumidor. Revista de administração Contemporânea. Col. 11 n. 3 jul/set. 2007. Curitiba., p. 85. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-65552007000300005 > Acesso em 03 de setembro de 2020.

SILVA, Ana Rachel Freitas da; PAMPLONA, Danielle Anne. Os princípios orientadores das nações unidas sobre empresas e direitos humanos: houve avanços? In: BENACCHIO, Marcelo (coordenador). A sustentabilidade da relação entre empresas transnacionais e Direitos Humanos. Editora CRV. Curitiba 2016, p. 148-169.

SURYA DEVA. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implications for Companies. European Company Law, Vol. 9, No. 2, pp. 101-109, 2012; Documento de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade de Oslo nº 2012-10, publicado em 26 de março de 2012.

UNITED NATIONS. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations. 1983. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/289> > Acesso em 01 de setembro de 2020.

19.JUSTIÇA FISCAL E AS LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR: IGUALDADE, ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA COMO PRESSUPOSTOS PARA UMA TRIBUTAÇÃO JUSTA

FISCAL JUSTICE AND CONSTITUTIONAL LIMITATIONS ON THE POWER OF TAXING: EQUALITY, ISONOMY AND CONTRIBUTING CAPACITY AS ASSUMPTIONS FOR FAIR TAXATION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-19>

*Alessandra da Silva Fonseca*¹

*Carolina Ferreira Olsen*²

RESUMO

Trata-se de artigo desenvolvido com o objetivo de demonstrar, ainda que forma breve, alguns conceitos acerca do que é justiça, permeando as ideias esposadas por diversos autores que se empreenderam na árdua tarefa de buscar uma definição do que pode ser considerado justo em uma sociedade complexa. Busca-se dar ênfase às implicações da justiça no âmbito fiscal, sob a ótica dos limites constitucionais ao poder de tributar. Para tanto, será utilizado o método de raciocínio dedutivo, partindo-se de uma ideia geral para conclusões particulares, utilizando-se de consultas doutrinárias, sites especializados em temas jurídicos, revistas qualificadas, entre outros, que desempenham ação difusora de informações, cujas referências serão colacionadas ao final. Assim, para seja possível adentrar no tema da justiça fiscal, se faz necessário abordar, ainda que brevemente, as ideias desenvolvidas por escritores e juristas que se dedicaram ao estudo da justiça, a fim de tornar possível identificar os elementos que dela são indissociáveis, inclusive quando o assunto trata das relações entre os contribuintes e o Estado, consoante se pretende demonstrar. Busca-se, como resultado do trabalho, demonstrar que, apesar da dificuldade em se definir o que vem a ser justiça, especialmente no âmbito tributário, a observância dos direitos fundamentais dos contribuintes, notadamente a igualdade, isonomia e capacidade contributiva, se mostra como pressuposto para

¹Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil, Unibrasil. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD UNIBRASIL. Pós-graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Administrativo Romeu Felipe Bacellar (2018). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Uninter (conclusão 2017). Graduada em Direito pela Faculdade Educacional de Araucária (2015). Graduada em Letras (Port./Inglês) pela Universidade Geraldo di Biasi (1998).

²Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. Bolsista CAPES/PROSUP. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do Programa de Pós-graduação em Direito UniBrasil. Integrante do corpo editorial da Revista Direitos Fundamentais e Democracia (Qualis A1). Bacharela em Direito pela Universidade do Contestado (2017).

a concretização da justiça fiscal.

Palavras-chave: Justiça Fiscal. Tributação. Isonomia. Capacidade Contributiva.

ABSTRACT

It is an article developed with the objective of demonstrating, although briefly, some concepts about what justice is, permeating the ideas espoused by several authors who undertook the arduous task of seeking a definition of what can be considered fair in a complex society. It seeks to emphasize the implications of justice in the tax sphere, from the perspective of constitutional limits on the power to tax. For this purpose, the deductive reasoning method will be used, starting from a general idea for particular conclusions, using doctrinal consultations, sites specialized in legal topics, qualified magazines, among others, that perform information dissemination action, whose references will be collected at the end. Thus, in order to be able to enter into the theme of tax justice, it is necessary to address, albeit briefly, the ideas developed by writers and lawyers who dedicated themselves to the study of justice, in order to make it possible to identify the elements that are inseparable from it, including when it comes to the relationship between taxpayers and the State, depending on what they want to demonstrate. It is sought, as a result of the work, to demonstrate that, despite the difficulty in defining what is justice, especially in the tax sphere, the observance of the fundamental rights of taxpayers, notably equality, equality and contributory capacity, is shown as assumption for the realization of fiscal justice.

Keywords: Fiscal Justice. Taxation. Isonomy. Contributory Capacity.

1 INTRODUÇÃO

Vários são os conceitos de justiça apresentados pelos estudiosos do tema, os quais se empreenderam na árdua tarefa de buscar uma definição para o que é justo e o que é injusto no contexto das relações humanas e sociais. Assim, não se pretende exaurir neste trabalho as questões que envolvem a justiça e as ideias desenvolvidas pelos autores em suas concepções sobre o tema, buscando-se tão somente apresentar uma breve exposição sobre o que vem a ser justiça.

Nesta seara, que para seja possível adentrar no tema da justiça fiscal, se faz necessário abordar, ainda que brevemente, as ideias desenvolvidas por escritores e juristas que se dedicaram ao estudo da justiça, a fim de tornar possível identificar os elementos que dela são indissociáveis, inclusive quando o assunto trata das relações entre os contribuintes e o Estado, consoante se pretende demonstrar.

Isto posto, observa-se que os direitos fundamentais dos contribuintes, traduzidos nas limitações constitucionais ao poder de tributar, podem ser grandes aliados da busca por um sistema tributário justo e equilibrado, razão pela qual a

efetivação da igualdade e isonomia tributária, bem como da capacidade contributiva, mostram-se como pressupostos para a efetivação da justiça fiscal no Brasil.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1. BREVES DEFINIÇÕES SOBRE JUSTIÇA

A questão da justiça tem sido refletida como ordem, harmonia e igualdade, onde justo e igual se interimplicam dentro de um universo fixo e imóvel, do qual se deduzem os princípios a serem aplicados aos casos concretos supervenientes³. Quem pergunta por uma definição da justiça, busca, em regra, um conceito normativo no sentido de um critério para o justo e o injusto. Para determinar um conceito, pode-se partir de opiniões correntes, procedimento empírico que, em sentido amplo, esbarra na dificuldade encontrada na ampla divergência nas ideias sobre o que é justo e o que é injusto⁴.

Quando alguma pessoa afirma algo como sendo justo, expressa com isso sua concordância, e quando afirma como injusto, expressa assim sua recusa. Em ambos os casos, pressupõe-se que tal afirmação não significa uma pura sensação de agrado ou desagrado, mas sim um julgamento objetivo. Os objetos avaliados como justo ou injusto são a práxis humana em seus diversos aspectos, tais como a ação, os sujeitos, as regras, os sistemas de regras da ação, e também as instituições em cujo âmbito se desenrola todo o comportamento humano⁵. No contexto social são, sobretudo, as situações de conflito em que o julgamento da justiça representa um papel, como aquelas que surgem no dar e receber, exigir e recusar, na distribuição de bens e encargos, entre outros. Assim, pelo fato de não existirem conflitos apenas no trato pessoal, o julgamento da justiça tem um alcance mais amplo e abrange o mundo dos negócios, as instituições sociais, a saber, Direito e Estado, além das relações dos vivos com as futuras gerações⁶.

³ AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. XI.

⁴ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 27.

⁵ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35-36.

⁶ HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 36.

Para John Rawls⁷, a primeira virtude das instituições sociais é a justiça, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Assim, uma vez que, embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira, leis e instituições devem ser reformadas ou abolidas se são injustas, por mais eficientes e bem organizadas que sejam. Neste sentido, argumenta que “a única coisa que permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior”⁸.

A justiça pode ser encontrada em uma infinidade de coisas e situações, sendo que, muitas vezes, pode ser melhor definida quando ocorre a sua violação, ou seja, quando apresentam-se situações, leis, julgamentos, instituições e sistemas sociais considerados injustos. Para John Rawls⁹, o objeto primário da justiça é a estrutura básica da sociedade, especificamente a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes, ou seja, a constituição política e os principais acordos econômicos e sociais, distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social. Neste sentido, a teoria da justiça de Rawls é norteada pelo fato de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original¹⁰. São esses princípios que pessoas livres e racionais preocupadas em promover seus próprios interesses, aceitariam, em uma posição social de igualdade, como definidores dos termos fundamentais de sua associação, já que devem regular todos os acordos subsequentes, especificam os tipos de cooperação social que se pode assumir e as formas de governo que podem ser estabelecidas, chamando-se, assim, de justiça como equidade¹¹.

Na justiça como equidade, a posição original de igualdade corresponde ao estado de natureza na teoria tradicional do contrato social, posição que é entendida como uma situação puramente hipotética caracterizada de modo a conduzir a uma certa concepção de justiça. Entre as características essenciais dessa situação está

⁷ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 4.

⁹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 8-9.

¹⁰ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

¹¹ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12.

o fato de que nenhuma pessoa conheceria seu lugar na sociedade, sua classe social ou a sorte na distribuição de dotes e habilidades naturais, como, por exemplo, inteligência e força¹². Os princípios da justiça seriam escolhidos sob um véu da ignorância, a fim de garantir que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios pelo resultado do acaso natural ou pela contingência de circunstâncias sociais. Assim, uma vez que todos estariam numa situação semelhante e ninguém poderia designar princípios para favorecer sua condição particular, os princípios da justiça passariam a ser resultado de um consenso ou ajuste equitativo¹³.

Acerca da ideia construtiva de posição original, centro da teoria rawlsiana de justiça como equidade, Amartya Sen¹⁴ sustenta que a equidade pode ser conformada de várias maneiras, mas em seu centro deve estar uma exigência de evitar vieses nas avaliações pessoais levando em conta os interesses e as preocupações dos outros também e, em particular, a necessidade de se evitar a influência dos próprios interesses, de prioridades pessoais ou preconceitos, o que pode ser amplamente visto como uma exigência de imparcialidade.

Ainda sobre a concepção de justiça, se faz necessário ressaltar o entendimento de Ronald Dworkin¹⁵, o qual afirma que nenhum governo é legítimo a menos que endosse dois princípios soberanos que, em síntese, consistem na demonstração de igual consideração pelo destino de toda pessoa sobre a qual pretende ter domínio, e no respeito à responsabilidade e o direito de toda pessoa de decidir por si mesma como fazer da própria vida algo valioso. Tais princípios definem quais são as teorias aceitáveis de justiça distributiva¹⁶, onde toda distribuição é consequência das leis e dos programas políticos oficiais, não havendo distribuição politicamente neutra¹⁷. Assim, "dada qualquer combinação de qualidades pessoais

¹² RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.13.

¹³ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.13.

¹⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 84.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 4-5.

¹⁶ Para Ronald Dworkin, seriam as teorias que estipulam os recursos e as oportunidades que o Estado deve disponibilizar ao povo que ele governa (DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 4-5).

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 5.

de talento, personalidade e sorte, o que a pessoa obterá em matéria de recursos e oportunidades dependerá das leis vigentes no lugar onde ela é governada"¹⁸. Por isso, toda distribuição deve se justificar através da demonstração de que modo a ação do governo respeita os princípios fundamentais da igual consideração pelo destino e o pleno respeito pela responsabilidade¹⁹.

Ronald Dworkin²⁰ apresenta o conflito entre a justiça e o direito. Segundo ele, nada garante que as leis serão justas e, se forem injustas, os representantes do Estado e os cidadãos poderão ter de comprometer as exigências da justiça para obedecer ao Estado de Direito, em razão de uma concepção de direito que não o entende como sistema rival de regras capazes de conflitar com a moral, mas sim sendo o direito um ramo da própria moral. Para isso, sustenta a necessidade de se pôr em evidência o que chama de justiça procedimental, a moralidade não só dos resultados justos, mas também de uma governança imparcial²¹. Há concordância quando são compartilhados os mesmos conceitos acerca dos critérios utilizados para identificação. Dessa forma, a discordância provém de uma interpretação diferenciada das práticas por todos partilhadas, existindo teorias mais ou menos diferentes sobre quais são os valores que melhor justificam aquelas características das práticas que se apresentam como paradigmáticas²².

Para Amartya Sen²³, embora os princípios da justiça não sejam definidos com relação às instituições, mas sim quanto à vida e às liberdades das pessoas envolvidas, as instituições não podem deixar de exercer seu papel instrumental importante na busca da justiça. "Junto com os determinantes do comportamento individual e social, uma escolha apropriada das instituições tem um papel criticamente importante na tarefa de melhorar a justiça"²⁴. Contrastando com a

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 5.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 5.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 09.

²¹ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 09.

²² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 11-12.

²³ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14.

²⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 14.

maioria das teorias da justiça modernas, que se concentra na sociedade justa, Amartya Sen²⁵ procura investigar comparações baseadas nas realizações que focam o avanço ou o retrocesso da justiça. No coração do problema específico de uma solução imparcial única para a escolha de uma sociedade perfeitamente justa está a possível sustentabilidade de razões de justiça plurais e concorrentes, todas com a pretensão de serem imparciais, ainda que sejam diferentes e rivais umas das outras²⁶.

Michael Sandel²⁷, por sua vez, apresenta três abordagens da justiça. A primeira delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar, ou seja, promover a máxima felicidade para o maior número de pessoas; a segunda estabelece que justiça significa respeitar a liberdade de escolha; enquanto que a terceira defende que a justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. Nesse contexto, aduz que a abordagem utilitária contém dois defeitos: faz da justiça e dos direitos uma questão de cálculo e não de princípios, bem como, ao tentar traduzir todos os bens humanos em uma única e uniforme medida de valor, os nivela e não considera as diferenças qualitativas existentes²⁸.

Não se pode alcançar uma sociedade justa simplesmente maximizando a utilidade ou garantindo a liberdade de escolha, pois é preciso raciocinar sobre o significado da vida boa e criar uma cultura pública que aceite as divergências que inevitavelmente poderão ocorrer. "Justiça não é apenas a forma certa de distribuir as coisas. Ela também diz respeito à forma certa de avaliar as coisas"²⁹.

Neste sentido, destaca-se a ideia tratada por Roberto de Aguiar³⁰, o qual apresenta uma visão de justiça que não seja a dos opressores e tampouco um meio de escamotear a dominação, mas sim a dos dominados, constituindo um instrumento para aqueles que estão imersos na luta pela transformação social. "Em

²⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 39.

²⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 43.

²⁷ SANDEL, MICHAEL J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 321.

²⁸ SANDEL, MICHAEL J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 322.

²⁹ SANDEL, MICHAEL J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 322-323.

³⁰ AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. 16.

suma, uma concepção de justiça combatente que emerge das práticas sociais dos oprimidos"³¹.

De um modo ou de outro, cumpre ressaltar que a ideia de justiça sempre se põe como um projeto de um mundo melhor, como um dever ser das condutas, da produção e do relacionamento humano, assim como é ideológica, na medida em que se assenta sobre uma concepção de mundo que emerge das relações concretas e contraditórias do social³².

Os conceitos de justiça apresentam-se como uma direção no sentido do melhor humano, social, político, econômico, entre outros. No entanto, deve-se salientar que o melhor depende de uma escala de valores montada sobre um corpo de explicações e justificativas ideológicas, isto é, o melhor está marcado pela visão humana de mundo, que é engendrada pelos interesses emergentes das práticas concretas dos grupos sociais. Assim, se a justiça é a busca de uma melhoria ética, moral e jurídica, também é verdade que a justiça está plantada nos interesses e na sobrevivência dos grupos articuladores da visão de mundo que respaldam as concepções sobre o problema da justiça³³.

Usualmente, a resistência à injustiça recorre tanto à indignação como à argumentação, onde a frustração e a raiva podem contribuir como motivação, e, em última instância, tanto para que se possa fazer uma avaliação correta como para se chegar a soluções eficazes, baseando-se no exame racional capaz de levar a um entendimento plausível e sustentável da base desses motivos de queixa e do que é possível fazer para enfrentar os problemas subjacentes³⁴.

A pluralidade de razões que uma teoria da justiça deve acomodar está ligada não só à diversidade dos objetos de valor que reconhece como significativos, mas também ao tipo de considerações a que a teoria deve abrir espaço³⁵. Os juízos sobre a justiça precisam assumir a tarefa de acomodar vários tipos de razões e

³¹ AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. 16.

³² AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. 17.

³³ AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999, p. 19-20.

³⁴ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 426.

³⁵ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 430.

considerações avaliatórias, uma vez que o fato de uma pessoa poder argumentar de alguma forma para rejeitar a escravidão ou a submissão das mulheres, não significa que a mesma pessoa seja capaz de decidir se uma alíquota máxima de 40% de imposto de renda pode ser melhor ou mais justa do que uma alíquota máxima de 39%, por exemplo³⁶.

Dessa forma, a ideia de justiça incluiria diferentes casos, com solução fácil em alguns deles, e com problemas muito difíceis para a decisão de outros. Um aspecto implícito nessa linha de raciocínio é o reconhecimento de que uma teoria ampla da justiça, ou seja, que é capaz de abrir espaço para considerações não congruentes no interior de si mesmas, nem por isso se torna incoerente, incontrolável ou inaplicável³⁷.

2.2 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR: IGUALDADE, ISONOMIA E CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

As chamadas limitações do poder de tributar integram o conjunto de traços que demarcam o campo, o modo, a forma e a intensidade de atuação do poder de tributar, e são instrumentos definidores da competência tributária dos entes políticos, no sentido de que concorrem para fixar o que pode ser tributado e como pode sê-lo feito³⁸.

O quadro das imposições tributárias, no Brasil, se encontra sob o influxo de diversos princípios constitucionais, posto que atuam sobre essa área postulados constitucionais genéricos que se irradiam por toda a ordem jurídica, e também princípios constitucionais especificamente canalizados para o terreno dos tributos, conhecidos como princípios constitucionais tributários³⁹.

Nesta seara, tem-se que os princípios exercem função importantíssima dentro do ordenamento jurídico, uma vez que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral. Em suma, os princípios são normas qualificadas, exibindo excepcional valor aglutinante, já que indicam como devem

³⁶ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 430-431.

³⁷ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 432.

³⁸ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 129.

³⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

aplicar-se as normas jurídicas, ou seja, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a uma delas⁴⁰.

Em que pese todos os princípios tributários devam ser observados em conjunto para que se possa obter uma arrecadação mais justa e equilibrada, neste trabalho procura-se dar ênfase aos princípios da igualdade e da isonomia tributária, bem como da capacidade contributiva, a fim de se analisar sua indissociabilidade das questões relacionadas à justiça fiscal. Além disso, tais princípios relacionam-se com a justiça na distribuição, pois conforme afirma Humberto Pereira Vecchio⁴¹, "há uma ideologia que, no caso do direito tributário, é a de haver justiça na distribuição, com base nos princípios de igualdade e de capacidade contributiva".

Diante disso, Humberto Ávila⁴² apresenta um posicionamento no sentido de que o Direito Tributário Brasileiro adota um sistema misto de justiça individual e de justiça geral, no qual o Poder Legislativo pode usar padrões fiscais, no entanto deve incorporar cláusulas de equidade capazes de corrigir discrepâncias significativas entre a dimensão presumida do fato e a sua dimensão real, nos casos em que elas geram uma desigualdade que termina por atingir bens jurídicos de direitos fundamentais dos contribuintes.

Tendo em vista que a igualdade exige uma comparação entre sujeitos, existe a necessidade de se estabelecer uma medida de comparação que sirva para atingir uma dada finalidade⁴³. Trata-se de uma questão importante saber como escolher tal medida e a finalidade que justifica a sua utilização, pois uma lei que, por exemplo, atribua uma vantagem a alguém que, no plano concreto, não possui diferença que justifique o tratamento diferenciado, a rigor está concedendo um privilégio⁴⁴.

A igualdade de todos perante a lei é um princípio constitucionalmente assegurado, o qual é particularizado no campo da tributação ao proscrever a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação

⁴⁰ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 55.

⁴¹ VECCHIO, Humberto Pereira. **Justiça distributiva e tributação**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83722>> Acesso em: 07 out. 2019, p. 216.

⁴² ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21.

⁴³ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27.

⁴⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 44-45.

equivalente, bem como ao vedar a distinção com base na ocupação do contribuinte⁴⁵. "Até aí, o princípio da igualdade está dirigido ao aplicador da lei, significando que este não pode diferenciar as pessoas, para efeito de ora submetê-las, ora não, ao mandamento legal"⁴⁶.

Este princípio visa proteger duas formas de igualdade: a igualdade perante a lei, também conhecida como igualdade formal, e a igualdade na lei, também chamada de igualdade material. A igualdade formal garante a aplicação uniforme da lei, pois os cidadãos e os contribuintes devem ter o mesmo tipo de aplicação da lei, sem qualquer distinção. Da mesma forma, não basta que a lei seja aplicada de modo uniforme para satisfazer a exigência da igualdade, pois também é preciso que ela própria não contenha uma distinção arbitrária, afinal uma lei arbitrária também pode ser aplicada de modo uniforme⁴⁷.

Outro aspecto da igualdade a ser analisado é a vedação ao tratamento diverso em situações iguais ou equivalentes. Faz-se necessário observar a face do princípio da igualdade que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade. Trata-se, pois, do princípio da isonomia tributária⁴⁸.

A questão da isonomia apresenta abordagem mais ampla que saber qual a desigualdade que faculta a discriminação, sendo imperioso perquirir a desigualdade que obriga a discriminação, pois o tratamento diferenciado de situações que apresentem certo grau de dessemelhança pode ser exigido por outros postulados constitucionais, como no caso do princípio da capacidade contributiva, que se entrelaça com o enunciado constitucional da igualdade⁴⁹.

No estudo dos princípios da tributação, é possível destacar, ainda, o princípio da capacidade contributiva como aquele que mais se aproxima do conceito de justiça tributária, tendo em vista que a distribuição da carga tributária de acordo com a capacidade dos contribuintes traz a ideia de que os tributos devem se amoldar às

⁴⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

⁴⁶ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 159.

⁴⁷ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 74-75.

⁴⁸ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 160.

⁴⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 160.

situações individuais, de modo a propiciar uma posição isonômica dos contribuintes no que se refere ao seu sacrifício individual em prol do interesse coletivo⁵⁰.

O princípio da tributação pessoal segundo a capacidade contributiva, apesar de poder ser sustentado através de critérios administrativos e fiscais de eficácia, repousa sobre a base ética de um ideal de justiça. Se os membros de um grupo politicamente organizado são desiguais do ponto de vista econômico, devem pagar na medida de sua disponibilidade, tirando-se o mínimo possível de quem apenas pode satisfazer as próprias necessidades essenciais em um padrão de vida compatível com a dignidade humana⁵¹.

A medida de aplicação da igualdade entre os contribuintes com a finalidade de pagar tributos é a sua própria capacidade contributiva. Como a distinção entre os contribuintes é feita com base em elementos residentes neles próprios e a finalidade da tributação é a distribuição igualitária da carga tributária, critério e finalidade, antes de se afastarem, aproximam-se para consubstanciar que a imposição deve corresponder à capacidade contributiva⁵².

A Constituição Federal de 1988 trouxe, em seu artigo 145, § 1º⁵³, a expressa previsão do princípio da capacidade contributiva, o qual prevê que, sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Conforme afirma Luciano Amaro⁵⁴, o referido princípio expressa a ideia de que deve ser exigido de cada contribuinte o tributo adequado a sua capacidade econômica, haja vista que se inspira na ordem natural das coisas e segue a ideia de que onde não houver riqueza é inútil instituir imposto.

Na formulação jurídica do princípio da capacidade contributiva não se quer apenas preservar a eficácia da lei de incidência, no sentido de que esta não caia no

⁵⁰ MEIRELLES, José Ricardo. **O princípio da capacidade contributiva**. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 136, 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/315>>. Acesso em: 16 de outubro de 2019, p. 333.

⁵¹ BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 829.

⁵² ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160-161).

⁵³ Art. 145 [...]

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

⁵⁴ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 163.

vazio por falta de riqueza que suporte o imposto, mas também preservar o contribuinte, buscando evitar que uma tributação excessiva comprometa os seus direitos fundamentais⁵⁵.

Mensurar a possibilidade econômica de contribuir para o erário com o pagamento de tributos é o grande desafio daqueles que lidam com esse delicado instrumento de satisfação dos interesses públicos e o modo como é avaliado o grau de refinamento dos sistemas de direito tributário⁵⁶. Ademais, o respeito à capacidade contributiva também é um imperativo de justiça tributária, pois se trata de um critério justo para a repartição dos encargos do Estado⁵⁷.

O princípio da capacidade contributiva está intimamente ligado ao princípio da igualdade, e é um dos mecanismos mais eficazes para que se possa alcançar a tão almejada justiça fiscal. A repartição equitativa, entre os contribuintes, da carga econômica dos tributos, decorre do dever que o Estado tem de erradicar a pobreza e a marginalização, e reduzir as desigualdades sociais e regionais, visando construir uma sociedade livre, justa e solidária⁵⁸.

O princípio da capacidade contributiva assemelha-se ao princípio da igualdade, na medida em que, ao adequar-se o tributo à capacidade dos contribuintes, deve-se buscar um modelo de incidência que não ignore as diferenças evidenciadas nas diversas situações eleitas como suporte de imposição, o que corresponde a um dos aspectos da igualdade, qual seja, no tratamento desigual para os desiguais⁵⁹.

Entretanto, em situações iguais, o princípio da capacidade contributiva não se resume em dar igualdade de tratamento, posto que dois contribuintes em idêntica situação têm direito a tratamento igual, porém, além disso, têm direito de não ser tributados além de sua capacidade econômica. A capacidade econômica também se aproxima dos postulados da personalização, da proporcionalidade, da

⁵⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 163.

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 215.

⁵⁷ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164.

⁵⁸ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 98-99.

⁵⁹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164.

progressividade e da seletividade, que perseguem objetivos análogos e, em parte, coincidentes⁶⁰.

A personalização traduz-se na adequação do gravame fiscal às condições pessoais de cada contribuinte, buscando estruturar o modelo de tal sorte que, na sua aplicação concreta, determinadas características dos indivíduos, como número de dependentes, por exemplo, sejam levadas em consideração para efeito de quantificação do montante do imposto devido em cada situação concreta⁶¹. Ainda, é em atenção ao contribuinte que se põe outras vertentes da capacidade contributiva no campo dos impostos indiretos, ou seja, o princípio da seletividade, segundo o qual o gravame deve ser inversamente proporcional à essencialidade do bem⁶².

Por fim, outro preceito que se aproxima do princípio da capacidade contributiva é o da progressividade, tendo em vista que a proporcionalidade implica que riquezas maiores gerem impostos proporcionalmente maiores, enquanto que a progressividade faz com que a alíquota para as fatias mais altas de riqueza seja maior⁶³.

Os tributos, quando ajustados à capacidade contributiva, permitem que os cidadãos cumpram seus deveres de solidariedade política, econômica e social, já que os que pagam este tipo de exação devem contribuir para as despesas públicas não em razão daquilo que recebem do Estado, mas de suas potencialidades econômicas e, com isso, ajudar a remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos menos afortunados⁶⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento deste artigo possibilitou uma melhor compreensão acerca de algumas ideias desenvolvidas na busca de um conceito sobre o que é a justiça. A partir da ênfase no âmbito fiscal, demonstrou-se que a tributação é um instrumento

⁶⁰ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 164-165.

⁶¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 165.

⁶² AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 166.

⁶³ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 167.

⁶⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 99.

apto a concretizar os direitos fundamentais, haja vista que a Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de limitações ao poder de tributar, com vistas a aproximar o contribuinte brasileiro dos ideais de justiça fiscal.

Dessa forma, tem-se que tributação pode ser uma grande aliada da redução das desigualdades sociais e da redistribuição de renda de um país. Da mesma forma, pode ser o instrumento capaz de aniquilar o setor produtivo e massacrar a população com uma pesada carga tributária que nunca retorna na mesma proporção ao contribuinte.

Sendo assim, para que seja possível a concretização da justiça fiscal no Brasil, é necessário que exista uma tributação direta e equilibrada, e que observe efetivamente os limites impostos ao Estado em seu poder de tributar, notadamente por meio de tratamento isonômico e que observe a capacidade contributiva de todos cidadãos e cidadãs, bem como proporcione uma melhor redistribuição de recursos públicos e contribua com a satisfação das necessidades dos contribuintes e com a garantia dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **O que é justiça**. Uma abordagem dialética. 5. ed. São Paulo: Editora Alfa-Ômega, 1999.

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 23/09/2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

HÖFFE, Otfried. **Justiça política**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MEIRELLES, José Ricardo. **O princípio da capacidade contributiva**. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 136, 1997. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/315>>. Acesso em: 16 de outubro de 2019.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANDEL, MICHAEL J. **Justiça o que é fazer a coisa certa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VECCHIO, Humberto Pereira. **Justiça distributiva e tributação**. Universidade Federal de Santa Catarina, 2002. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/83722>> Acesso em: 07 out. 2019.

**20. OS DEVERES DE PROTEÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS NO
CURSO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL: CONSIDERAÇÕES ACERCA DA
RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA "NORTE ENERGIA S.A." NO CASO DA USINA
HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE**

*DUTIES TO PROTECT AND RESPECT HUMAN RIGHTS IN THE COURSE OF BUSINESS
ACTIVITY: CONSIDERATIONS ON THE RESPONSIBILITY OF THE COMPANY "NORTE
ENERGIA S.A." IN THE CASE OF THE BELO MONTE HYDROELECTRIC PLANT*

Nathalia Soares de Mattos



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-20>

RESUMO

O fortalecimento e a propagação das empresas multinacionais e transnacionais intensificaram os abusos aos direitos humanos. Dentre as tratativas internacionais de obstar o avanço de violações por parte do setor corporativo, despontou no âmbito das Nações Unidas, os chamados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (*Guiding Principles on Business and Human Rights*) estabelecendo aos Estados e às empresas diretrizes contendo deveres de proteção e respeito aos direitos humanos referentes ao curso da atividade empresarial. Partindo de tais premissas, o presente estudo debruça-se a apresentar, de modo detalhado, em que consistem esses deveres de proteção e respeito para, em um segundo capítulo, contextualizá-los ao caso envolvendo a construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, instalada no Pará. Valendo-se do método dedutivo, espera-se demonstrar, ao final, que a empresa Norte Energia S.A., responsável pelo empreendimento, ficou muito aquém do esperado no que se refere ao dever de respeito aos direitos humanos, tanto no que se refere ao dever de prevenção à violações decorrentes da atividade empresarial, quanto ao dever de reparação eficaz nos casos de impactos negativos aos direitos humanos causados por suas operações.

Palavras-chave: direitos humanos; empresas; responsabilização; Belo Monte; Norte Energia S.A.

ABSTRACT

The strengthening and spread of multinational and transnational companies has intensified human rights abuses. Among the international negotiations to prevent the advance of violations by the corporate sector, the so-called Guiding Principles on Business and Human Rights established guidelines to states and companies containing duties of protection and respect for human rights regarding the course of business activity. Based on these premises, the present study focuses on presenting, in a detailed way, what these duties of protection and respect consist of, in order, in a second chapter, to contextualize them to the case involving the construction and operation of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant, installed in Pará. Using the deductive method, it is expected to demonstrate, in the end, that The Company Norte Energia S.A., responsible for the enterprise, fell far short of what is expected with regard to the duty of respect for human rights, both with regard to the duty to prevent violations arising from business activity, and the duty of effective redress in cases of negative impacts on human rights caused by its operations.

Keywords: human rights; companies; accountability; Belo Monte; Norte Energia S.A.

1. INTRODUÇÃO

Seguindo a abordagem tradicional do direito internacional, durante muitos anos o aparato protetivo dos direitos humanos permaneceu estruturado com o intuito de resguardar os indivíduos de possíveis violações advindas do Estado. No entanto, a partir da década de 70, houve aumento significativo do número de grandes conglomerados econômicos (multinacionais e transnacionais). Ao longo das décadas de 80 e 90, as empresas transnacionais cresceram exponencialmente em tamanho, quantidade e poder econômico¹ fato este que passou a exigir uma

¹ UNITED NATIONS, 2007. **United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). World Investment Report: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development.** Geneva. Disponível em: <https://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf>. Acesso em 17 abr. 2020.

abordagem jurídica distinta.

Conforme preceitua John Ruggie, no final de 1990, o fenômeno da "globalização corporativa" fez com fossem estabelecidas redes corporativas cujos ganhos financeiros ultrapassaram significativamente as economias de muitos países. O fortalecimento e a propagação das transnacionais intensificaram os abusos aos direitos humanos.² Esse cenário foi o responsável por fazer com que o foco de proteção dos direitos humanos fosse ampliado, passando a atingir não apenas os entes estatais, projetando-se, também, para relações mais complexas envolvendo empresas e a coletividade.

No âmbito das Nações Unidas, a publicação dos chamados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (*Guiding Principles on Business and Human Rights*) estabeleceu aos Estados e às empresas diretrizes contendo deveres de proteção e respeito aos direitos humanos referentes ao curso da atividade empresarial. Partindo de tais premissas, o primeiro tópico do presente estudo debruça-se a apresentar, de modo detalhado, em que consistem esses deveres de proteção e respeito para, em um segundo capítulo, contextualizá-los ao caso envolvendo a construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, instalada no Pará.

Valendo-se do método dedutivo, espera-se demonstrar, ao final, que a empresa Norte Energia S.A., responsável pelo empreendimento, ficou muito aquém do esperado no que se refere ao dever de respeito aos direitos humanos, tanto no que se refere ao dever de prevenção à violações decorrentes da atividade empresarial, quanto ao dever de reparação eficaz nos casos de impactos negativos aos direitos humanos causados por suas operações.

2. A AGENDA INTERNACIONAL DAS NAÇÕES UNIDAS E OS DEVERES DE PROTEÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS NO CURSO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL

O fortalecimento significativo do setor empresarial tornou inevitável que a relação entre as empresas e a proteção dos direitos humanos passasse a integrar de

² RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014, p. 17.

forma recorrente a agenda internacional, fazendo com que despontassem no âmbito das Nações Unidas algumas iniciativas institucionais tratando do tema "Direitos Humanos e Empresas", cada uma com seus próprios parâmetros e mecanismos.³ A esse respeito, a publicação dos chamados Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos (*Guiding Principles on Business and Human Rights*), resultado dos estudos realizados por John Ruggie no período em que atuou como Secretário-Geral das Nações Unidas, foi uma das iniciativas da ONU de maior relevância em âmbito internacional.

Com o intuito de permitir melhor compreensão do tema, cumpre ressaltar que os primórdios dos PO's remetem ao ano de 2008, quando Ruggie sugeriu a adoção de um Quadro Referencial estruturado em 03 (três) partes: a primeira, constando o dever do Estado de evitar abusos aos direitos humanos por terceiros; a segunda, a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos, o que significa realizar programas próprios de auditorias (*due diligence*) para evitar a infração dos direitos de outrem e abordar os impactos negativos com os quais as empresas se envolvem; e a terceira, esclarecendo a necessidade de maior acesso das vítimas a reparação efetiva, por meio de ações judiciais ou não.⁴ Posteriormente, John Ruggie publicou o relatório final visando a implantação do mencionado Quadro Referencial. Tal documento foi aprovado pela ONU em 16 de junho de 2011, levando ao conhecimento da comunidade internacional os chamados "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos"⁵.

Em linhas gerais, os chamados "Princípios Orientadores" (PO's) prescrevem que, para além do dever reparar, as empresas têm a responsabilidade de respeitar os direitos humanos, ao passo que os Estados têm o dever de garantir que elas o façam, criando medidas apropriadas para prevenir, investigar, punir e corrigir abusos de direitos, fazendo-o por meio de políticas eficazes, legislação, regulamentos e atos

³ FEENEY, Patricia. **A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, dez. 2009, 175-191, p. 178. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/09.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2020.

⁴ RUGGIE, John Gerard. **Op. Cit.**, p. 22-23.

⁵ UNITED NATIONS, 2011. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

jurisdicionais⁶. Ao todo são 31 (trinta e um) princípios, divididos entre os 03 (três) pilares supramencionados.

À luz dos PO's, o primeiro pilar é referente ao dever do Estado de proteger os direitos humanos, sendo dividido entre os princípios ditos *fundamentais* e os princípios *operacionais*. Os primeiros, ditos fundamentais, ora discorrerem a respeito da necessidade dos Estados protegerem seus territórios e/ou jurisdição de eventuais abusos aos direitos humanos praticados por terceiros ou empresas, fazendo-o mediante adoção de medidas adequadas para prevenir, investigar, punir e reparar essas violações por meio de políticas públicas adequadas, normas, regulamentação e apreciação judicial (Princípio 1), ora tratam do dever do Estado em estabelecer a expectativa de que todas as empresas domiciliadas em seu território ou jurisdição respeitem os direitos humanos em todas suas operações (Princípio 2). Dos comentários elencados nos princípios 1 e 2, extrai-se considerações importantes tais como a que embora os Estados não seja, por si sós, responsáveis por violações a direitos humanos por atores privados, podem descumprir suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos "quando essa violação puder ser atribuída a eles ou quando eles deixarem de tomar medidas adequadas para impedir, investigar, punir e reparar a violação por atores privados".

Os Princípios Operacionais, por sua vez, possuem conteúdo variado. Discorrem sobre funções regulatórias e de política, tais como fazer cumprir leis de respeito aos direitos humanos e assegurar que leis e políticas corporativas próprias da seara empresarial não sejam óbice à salvaguarda dos direitos humanos, orientar as empresas em como respeitar, encorajar, e quando apropriado, exigir, que as empresas informem como tratam os impactos negativos (Princípio 3); sobre medidas adicionais de proteção contra as violações de direitos humanos cometidas por empresas estatais ou sob seu controle, ou que recebam significativos apoios e serviços de organismos estatais, exigindo, quando adequado, a prática da *due diligence* em direitos humanos (Princípio 4); sobre monitoramento e supervisão adequada quando da contratação de serviços de empresas, ou quando da

⁶ SHUTTER, Oliver de; RAMASASTRY, Anita; et.al. **Human Rights Due Diligence: The role of States**. December 2012. P. 3. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58671817d2b857fd0d141820/1483151386977/Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

promulgação de normas que possam ter um impacto sobre o gozo dos direitos humanos (Princípio 5); sobre a promoção de respeito aos direitos humanos nas empresas com as quais os Estados realizam transações comerciais (Princípio 6); sobre o fomento ao respeito aos direitos humanos pelas empresas em regiões afetadas por conflitos, fazendo-o mediante parceria colaborativa, prestação de assistência adequada, negativa de acesso a serviços e recursos públicos às empresas (Princípio 7); sobre a garantia da coerência política, assegurando que os departamentos e organismos governamentais e outras instituições estatais que orientem as práticas empresariais sejam conscientes das obrigações de direitos humanos do Estado e as respeitem no desempenho de seus respectivos mandatos (Princípio 8); sobre a necessidade de manter-se um marco normativo nacional para assegurar o cumprimento de suas obrigações de direitos humanos quando firmem acordos políticos sobre atividades empresariais com outros Estados ou empresas (Princípio 9) e, ainda, sobre os deveres estatais quando atuem na qualidade de membros de instituições multilaterais que tratam questões relacionadas com empresas (Princípio 10).

O segundo pilar dos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos versa especificamente sobre a responsabilidade das empresas de *respeitar* os direitos humanos, os quais estão igualmente divididos entre princípios *fundamentais* e *operacionais*. Quanto aos primeiros, extrai-se que as empresas devem se abster de infringir os direitos humanos de terceiros e enfrentar os impactos negativos sobre os direitos humanos nos quais tenham algum envolvimento (Princípio 11), bem assim que a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos refere-se aos direitos humanos internacionalmente reconhecidos (Princípio 12). As empresas também devem evitar causar ou contribuir para impactos adversos e tratá-los quando ocorrerem, bem assim prevenir ou mitigar impactos diretamente ligados às relações da empresa, mesmo que não tenha contribuído para gerá-los (Princípio 13).

Consta, ainda, que o dever de respeito aos direitos humanos independe do tamanho, setor, contexto operacional, proprietário e estrutura da empresa. No entanto, a magnitude e a complexidade dos meios dispostos para assumir essa responsabilidade de respeitar os direitos humanos pode variar em função desses

fatores e da gravidade dos impactos negativos das atividades da empresa (Princípio 14). Para cumprir com sua responsabilidade de respeitar os direitos humanos, as empresas devem contar com políticas e procedimentos apropriados em função de seu tamanho e circunstâncias, incluindo o compromisso político; o processo de auditoria (*due diligence*) em matéria de direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam seu impacto sobre os direitos humanos, bem como processos que permitam reparar todas as consequências negativas sobre os direitos humanos que provoquem ou tenham contribuído para provocar (Princípio 15).

Lado outro, dos Princípios Operacionais destinados às empresas extrai-se que estas devem expressar o compromisso de respeito aos direitos humanos mediante declaração política que seja aprovada no mais alto nível de direção da empresa; baseie-se em assessoria especializada interna e/ou externa; estabeleça o que a empresa espera, considerando expectativas de colaboradores, parceiros de negócios e outras partes diretamente ligadas às atividades da empresa; seja publicada e difundida interna e externamente a todo o pessoal, aos parceiros comerciais e outras partes interessadas e ainda seja refletida nas políticas e procedimentos operacionais necessários para incorporar o compromisso assumido (Princípio 16).

Consta, ainda, a recomendação de que as empresas devem aderir a um processo de *due diligence* em direitos humanos para identificar, prevenir, mitigar e responder aos impactos adversos nos direitos humanos. O procedimento a ser adotado pode variar de acordo com a complexidade, com tamanho, risco, natureza e contexto operacional da empresa mas, em todos os casos, deve ser contínuo, reconhecendo que os riscos podem mudar ao longo do tempo e com evolução do contexto operacional. Deve, também, incluir uma avaliação do impacto real e potencial das atividades sobre os direitos humanos, a integração das conclusões e sua atuação a esse respeito; o acompanhamento das respostas e a comunicação de como as consequências negativas são enfrentadas; cobrir impactos adversos que a empresa causa ou para os quais contribui, por suas atividades ou relações (Princípio 17). A fim de operacionalizar o processo de *due diligence* as empresas devem recorrer a especialistas internos ou externos independentes, além de envolver

consulta aos grupos potencialmente afetados e outras partes interessadas, a depender do tamanho, natureza e contexto da operação (Princípio 18).

Para prevenir e mitigar os impactos negativos sobre os direitos humanos, as empresas devem integrar as conclusões de suas avaliações de impacto no marco das funções e processos internos pertinentes e tomar as medidas apropriadas. Essa efetiva integração requer que a responsabilidade de prevenção seja atribuída aos níveis e funções adequados dentro da empresa e, ainda, que as decisões internas, as atribuições orçamentárias e os processos de supervisão possibilitem oferecer respostas eficazes a esses impactos. A ação apropriada varia conforme a capacidade de influência para prevenir os impactos negativos e o grau de responsabilidade (causa ou contribuição), incluindo a responsabilidade direta, decorrente de operações, serviços ou produtos e a indireta, resultante de relações comerciais (Princípio 19).

A fim de verificar se estão sendo tomadas medidas para prevenir os impactos adversos sobre os direitos humanos, as empresas devem fazer um acompanhamento da eficácia de sua resposta, o qual deve basear-se em indicadores qualitativos e quantitativos adequados, bem como levar em consideração as informações vindas de fontes (Princípio 20). Tais medidas tomadas devem ser comunicadas externamente, razão pela qual é altamente recomendável que as empresas busquem fazê-lo de uma forma e frequência que reflitam as consequências das atividades da empresa sobre os direitos humanos e que sejam acessíveis para seus destinatários, proporcionando informação suficiente para que todos possam avaliar se a resposta de uma empresa diante de consequências concretas sobre os direitos humanos é adequada. Para tanto, deve-se assegurar a não violação dos requisitos legítimos de confidencialidade comercial (Princípio 21).

Como consequência das atividades, se as empresas constatarem que provocaram ou contribuíram para provocar impactos adversos devem reparar ou contribuir para sua reparação por meios legítimos (Princípio 22), não se desincumbindo, todavia, de cumprir todas as leis aplicáveis e respeitar os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, onde quer que operem; buscar fórmulas que lhes permitam respeitar os princípios de direitos humanos internacionalmente reconhecidos quando confrontados com exigências conflitantes e, ainda, considerar

o risco de provocar ou contribuir para provocar graves violações de direitos humanos como uma questão de cumprimento da lei onde quer que operem (Princípio 23). Por fim, há recomendação no sentido de que, quando for necessário dar prioridade às medidas para enfrentar os impactos adversos, reais e potenciais, sobre os direitos humanos, as empresas devem primeiramente tratar de prevenir e atenuar as consequências que sejam mais graves ou que possam se tornar irreversíveis, caso não recebam uma resposta imediata (Princípio 25).

À luz de todo o exposto, verificou-se que, à luz dos Princípios Orientadores das Nações Unidas, ambos, Estados e empresas têm, simultaneamente, responsabilidades diretas e distintas com o escopo de garantir a salvaguarda os direitos humanos contra possíveis violações decorrentes da atividade empresarial.

Em apertada síntese, o dever de proteção atribuído aos Estados recomenda a adoção, em âmbito doméstico, de mecanismos de prevenção e de eficaz responsabilização empresarial para os casos de violações, o que pode ser alcançado mediante edição de políticas públicas e regulamentação legislativa, respaldadas em tratados internacionais de direitos humanos e jurisprudência de cortes internacionais; além de uma participação ampla e ativa de órgãos de fiscalização, de investigação e uma célere resposta do Poder Judiciário.

Quanto ao dever de respeito aos direitos humanos que recai em face das empresas, a recomendação é de que estas devem conformar suas atividades à legislação vigente, não apenas abstendo-se de causar impactos negativos aos direitos humanos por meio de suas operações, mas também agindo positivamente no sentido de buscar mecanismos capazes de fornecer, a um só tempo, um panorama de prevenção de impactos reais e potenciais e, ainda, de forma excepcional, diretrizes objetivas de mitigação e de reparação às vítimas.

3. AS VIOLAÇÕES AOS DIREITOS HUMANOS PERPETRADAS PELA CONSTRUÇÃO DA USINA HIDRELÉTRICA DE BELO MONTE E A RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA NORTE ENERGIA S.A.

Vê-se, pois, que de acordo com as diretrizes internacionais das Nações Unidas, Estados e empresas são responsáveis por prevenir, mitigar e reparar

eficazmente as violações aos direitos humanos decorrentes da atividade empresarial. Ocorre que, não são raros os casos de impactos negativos aos direitos humanos ligados ao curso da atividade corporativa que poderiam ser evitados, minimizados ou reparados, mas nunca o foram. A esse respeito, traz-se à colação um caso bastante emblemático que, lamentavelmente, despontou na América do Sul e, de forma mais específica, no Brasil: o caso da construção e operação da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, localizada no Estado do Pará.

A usina foi idealizada em 1975, ainda durante o governo militar, possuindo dimensões mais amplas quando comparada a obra efetivamente executada mas, por dificuldades orçamentárias, o projeto original nunca chegou a ser executado.⁷

Fato é que em julho de 2005, o Decreto Legislativo nº 1.785/05, que autorizava a implantação da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte foi aprovado pela Câmara e pelo Senado, sem, contudo, valer-se da oitiva das comunidades ou povos indígenas potencialmente atingidos pela a atividade da usina. Tal omissão motivou a Procuradoria-Geral da República a ajuizar Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3573, em face do Decreto por afronta ao §3º do art.231 da Constituição Federal, que exige consulta prévia aos povos afetados quando do aproveitamento de recursos hídricos em Terras Indígenas. Contudo, a ação foi extinta sem julgamento do mérito, uma vez que, por maioria, os ministros do STF entenderam que via eleita pelo Ministério Público Federal para questionar o decreto não era a processualmente correta⁸.

Em 2010, após conflitos judiciais, foi concedida a Licença Prévia da obra pelo órgão ambiental responsável e, no mesmo ano o leilão para construção e operação da hidrelétrica foi realizado e vencido pelo Consórcio Norte Energia. Em 2011 o contrato de concessão e a autorização de supressão de vegetação foram expedidos pelo IBAMA, junto com a Licença de Instalação (LI) para as instalações provisórias

⁷ CONTI, Bruno; FERREIRA, Cláudia; MOREIRA, Paulo; WATANABE, Yago; **UHE - Usina Hidrelétrica de Belo Monte**, 2017; Disponível em: <<https://engenhareia.wordpress.com/2017/07/07/uhe-usina-hidreletrica-de-belo-monte/>>. Acesso em 12 jun. 2020.

⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3573/DF, Rel. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 01/12/2005, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2006.

da UHE Belo Monte, inaugurando o começo das obras.⁹ Em fevereiro de 2016 iniciou-se a operação da primeira turbina da usina, ainda em caráter de testes. Por fim, totalmente concluída e pronta para plena operação, a UHE de Belo Monte foi inaugurada em 27 de novembro de 2019.¹⁰

Ocorre que, em junho de 2019, o Ministério Público Federal, em conjunto com várias instituições, publicou o chamando "Relatório de Vistoria Interinstitucional na Volta Grande do Xingu" atestando que, com o desvio de 80% (oitenta por cento) da água do rio Xingu para alimentar as turbinas da usina, *"não está demonstrada a garantia da reprodução da vida, com riscos aos ecossistemas e à sobrevivência das populações residentes"*.¹¹ O documento atesta também *"a desestruturação da vida econômica e social da região da Volta Grande do Xingu, que impulsiona evidente processo de expulsão silenciosa das populações locais"*,¹² com muitas famílias tendo saído do local pela falta de condições de sobrevivência, sem receber nenhuma indenização ou compensação.

Ainda de acordo com o relatório, a empresa Norte Energia S.A. não vêm adotando mecanismos eficientes de mitigação, aferição e reparação quanto às violações de direitos humanos decorrentes de suas atividades, não dá acesso à informação nem a mecanismos de participação das comunidades, e não tem instrumentos adequados para informar os moradores sobre as variações constantes na vazão do rio Xingu. O documento apresenta 74 (setenta e quatro) constatações feitas por equipes multidisciplinares e interinstitucionais e as respectivas conclusões foram organizadas por eixos, incluindo violações a direitos básicos como

⁹ ARAÚJO, Mayara Moreno Vasconcelos; PINTO, Karina de Jesus; MENDES, Flávio de Oliveira. **A Usina de Belo Monte e os impactos nas terras indígenas**. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Macapá, n. 6, p. 43-51, 2014, p. 45.

¹⁰ NORTE ENERGIA S.A., 2019. **A história de Belo Monte – Cronologia**. Disponível em: <<https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/uhe-belo-monte/historico#:~:text=Belo%20Monte%20E2%80%93%20Cronologia-A%20hist%C3%B3ria%20de%20Belo%20Monte%20E2%80%93%20Cronologia,projeto%20de%20localiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20barramentos.&text=1989%20E2%80%93%20Conclus%C3%A3o%20dos%20primeiros%20estudos%20de%20viabilidade%20da%20UHE%20Belo%20Monte.>>. Acesso em 10 jun. 2020.

¹¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL et al. **Relatório de Vistoria Interinstitucional - Garantia da vida e proteção do patrimônio natural e socioambiental da Volta Grande do rio Xingu**. Itamira/PA, 2019., p. 28. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2019/Relatorio_VGX_2019.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

¹² *Ibidem*.

saúde, educação e acesso à água e até ameaças concretas à vida dos moradores, pelas consequências ecológicas graves dos abruptos desvios das águas do rio.

O Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH)¹³ também acompanhou a inspeção e, uma vez constatada as significativas violações socioambientais bem como a vulnerabilidade das comunidades afetadas (em sua maioria população ribeirinha e povos indígenas), acabou por aprovar, por ocasião da 48ª Reunião Ordinária, a Recomendação nº 8, de 13 de junho de 2019¹⁴.

Referida recomendação, publicada em setembro de 2020, determina a tomada de providências por parte da Concessionária Norte Energia, especificando expressamente que a empresa deve assumir o custeio de uma auditoria externa e independente (*due diligence*) e garantir a publicidade dos respectivos resultados. A recomendação também é dirigida ao Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), a fim de que este promova a adoção das medidas necessárias para realização de uma auditoria independente para verificação das violações de direitos humanos em curso na Volta Grande do Xingu e as transformações que a concessionária Norte Energia acarretou na vida das comunidades da região. A recomendação também contempla o Ministério Público Federal e a Defensoria Pública da União em Altamira, indicando a necessidade de adoção das medidas necessárias para responsabilização da Concessionária Norte Energia pelas violações de direitos humanos praticadas em face das populações da Volta Grande, tendo em vista os impactos não mitigados de sua interferência no rio Xingu, bem como a ação direta na vida das comunidades.

No que se refere aos mecanismos de reparação, as diretrizes constantes nos Princípios Orientadores da ONU destinam-se ora aos Estados, ora as próprias empresas. O Princípio Fundamental constante nesse pilar preceitua que os Estados devem tomar medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais,

¹³ Criado pela Lei nº 12.986/2014, é órgão colegiado de composição paritária, que tem por finalidade a promoção e a defesa dos direitos humanos no Brasil através de ações preventivas, protetivas, reparadoras e sancionadoras das condutas e situações de ameaça ou violação de direitos, destacando-se por articular medidas previstas na Constituição Federal e em tratados e atos internacionais ratificados pelo Brasil para efetivação destes direitos.

¹⁴ CNDH, 2020. **Frente de Trabalho para Proteção de Direitos em Deslocamentos Compulsórios Relatório Preliminar de Atividades e Recomendações**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/acesso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatorioDeslocamentoscompulsorios.pdf>>. Acesso em 20 set. 2020.

administrativas, legislativas ou de outro meios que correspondam, que quando se produzam esse tipo de abusos em seu território e/ou jurisdição os afetados possam acessar mecanismos de reparação eficazes (Princípio 25). Quanto ao dever das empresas, extrai-se, em apertada síntese, que com o intuito de atender rapidamente e reparar diretamente os danos causados, há previsão de que devem estabelecer ou participar de mecanismos de denúncia eficazes de nível operacional à disposição das pessoas e comunidades que sofram os impactos negativos (Princípio 29).

Vê-se, pois, que no caso da UHE de Belo Monte, muito embora seja possível discutir a responsabilização estatal que acabou por autorizar, por meio dos órgãos administrativos, a construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, desconsiderando os riscos ao meio ambiente e aos direitos humanos, fato é que, após a inauguração da usina e, uma vez documentado o impacto negativo que o empreendimento acarretou, verificou-se mobilização do Estado brasileiro não apenas no sentido de buscar mensurar a extensão e profundidade dos impactos negativos por meio de auditorias especializadas (*due diligence* em direitos humanos) voltadas à empresa Norte Energia S.A. e ao MMFDH; mas também de garantir uma reparação eficaz a todos que foram direta ou indiretamente afetados.

Nesse sentido, vê-se que o Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH) recomendou expressamente uma atuação positiva por parte do Ministério Público Federal e Defensoria Pública da União no sentido de pleitear reparação que, embora sejam órgãos com independência funcional e administrativa, têm, por força do texto constitucional, a incumbência de agir em prol dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, CF) e buscar a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos (artigo 134, *caput*, CF).

Quanto aos mecanismos de reparação estatais, para além das medidas administrativas direcionadas ao MMFDH e judiciais direcionadas ao MPF e DPU, poder-se-ia considerar que o Estado brasileiro também cumpriu com a diretriz das Nações Unidas que recomenda medidas legislativas, porquanto já em 21 de novembro de 2018, antes do funcionamento do complexo de Belo Monte, foi publicado o Decreto no 9.571, que “Estabelece as Diretrizes Nacionais sobre

Empresas e Direitos Humanos”¹⁵. Para além das possíveis críticas no que se refere à voluntariedade da adesão por parte das empresas (art. 1º, §3º), fato é que o Decreto cumpre com a obrigação de ser alicerçado nos Princípios Orientadores, os quais também não são vinculantes, sendo possível verificar ao longo de todo o texto, correspondência com os pilares dispostos por Ruggie no que se refere à proteção, respeito e reparação a possíveis danos aos direitos humanos na seara empresarial.

Ocorre que, se por um lado, seria possível defender – ainda que parcialmente – uma atuação estatal no sentido de buscar a responsabilização e reparação dos impactos negativos causados pela instalação e operação da UHE de Belo Monte, cumprindo, pois, com o dever de proteção aos direitos humanos; por outro, não parece ser defensável aduzir que a atuação da empresa Norte Energia S.A. esteja de acordo com o dever de respeito aos direitos humanos propostos pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas.

Isto porque, a ausência de condenação judicial que, frise-se, ainda pode vir a ocorrer conforme atuação jurídica do MPF e DPU, fato é que, tal como consta do relatório multidisciplinar e averiguação *in loco*, por parte do Conselho Nacional dos Direitos Humanos (CNDH), há significativas violações aos direitos humanos decorrentes do empreendimento mas, em contrapartida, não há por parte da Norte Energia S.A. a notícia de adoção de mecanismos de mitigação, aferição e reparação quanto às violações de direitos humanos decorrentes de suas atividades, nem, tampouco, da existência de meios de transparência ou qualquer tipo de acesso à informação acerca da situação à população afetada.

CONCLUSÃO

Verificou-se que a relação entre as empresas e a proteção dos direitos humanos passou a integrar de forma recorrente a agenda internacional fazendo surgir, também no âmbito das Nações Unidas, o aparecimento de uma agenda global em direitos humanos e empresas.

A publicação dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos

¹⁵ BRASIL. Decreto nº 9.571, de 21 de novembro de 2018. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. de 2018. Seção 1, p. 01.

Humanos, em 2011, inaugurou uma espécie de padrão global capaz de fornecer um plano para as etapas que todos os Estados e empresas devem adotar para defender os direitos humanos. Nesse sentido, embora de caráter não vinculante, os PO's trazem diretrizes contendo deveres de proteção que recaem em face dos Estados e deveres de proteção que recaem em face das próprias empresas, as quais devem ser capazes de identificar, prevenir, mitigar e prestar contas de como abordam os impactos nos direitos humanos relacionados a suas atividades e operações.

O audacioso empreendimento de construção e operação da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Pará, sob responsabilidade de empresa Norte Energia S.A. acabou por revelar impactos negativos não apenas ao meio ambiente, mas também aos direitos humanos como um todo.

Desta trágica experiência, foi possível apurar que, se de um lado, o Estado brasileiro vêm – ainda que tardiamente –, buscando valer-se de mecanismos administrativos, legislativos e judiciais para garantir uma eficaz reparação dos danos e a correta responsabilização da empresa; de outro, a omissão da Norte Energia S.A. em aderir a programas de *due diligence* em direitos humanos para aferição e reparação das violações de direitos humanos decorrentes de suas atividades, somadas à inexistência de meios de transparência capazes de sanar as reivindicações da população afetada, permitem concluir que a empresa está muito aquém de cumprir o dever de respeito aos direitos humanos propostos pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas.

REFÊRENCIAS

ARAÚJO, Mayara Moreno Vasconcelos; PINTO, Karina de Jesus; MENDES, Flávio de Oliveira. **A Usina de Belo Monte e os impactos nas terras indígenas**. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, Macapá, n. 6, p. 43-51, 2014.

BRASIL. Decreto no 9.571, de 21 de novembro de 2018. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 22 nov. de 2018. Seção 1, p. 01.
CNDH, 2020. **Frente de Trabalho para Proteção de Direitos em Deslocamentos Compulsórios Relatório Preliminar de Atividades e Recomendações**. Disponível em: <[https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-](https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao)

social/conselho-nacional-de-direitos-humanos-cndh/RelatorioDeslocamentoscompulsorios.pdf >. Acesso em 20 set. 2020.

CONTI, Bruno; FERREIRA, Cláudia; MOREIRA, Paulo; WATANABE, Yago; **UHE - Usina Hidrelétrica de Belo Monte**, 2017; Disponível em: <<https://engenhareia.wordpress.com/2017/07/07/uhe-usina-hidreletrica-de-belo-monte/>>. Acesso em 12 jun. 2020.

FEENEY, Patricia. **A Luta por Responsabilidade das Empresas no Âmbito das Nações Unidas e o Futuro da Agenda de Advocacy**. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, v. 6, n. 11, dez. 2009, 175-191, p. 178. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/sur/v6n11/09.pdf>>. Acesso em 03 ago. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL et al. Relatório de Vistoria Interinstitucional - Garantia da vida e proteção do patrimônio natural e socioambiental da Volta Grande do rio Xingu. Itamira/PA, 2019., p. 28. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2019/Relatorio_VGX_2019.pdf>. Acesso em 10 jun. 2020.

NAÇÕES UNIDAS, **Declaração Universal de Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em 17 abr. 2019.

NORTE ENERGIA S.A., 2019. **A história de Belo Monte – Cronologia**. Disponível em: <<https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/uhe-belomonte/historico#:~:text=Belo%20Monte%20E2%80%93%20Cronologia-,A%20hist%C3%B3ria%20de%20Belo%20Monte%20E2%80%93%20Cronologia,projeto%20de%20localiza%C3%A7%C3%A3o%20de%20barramentos.&text=1989%20E2%80%93%20Conclus%C3%A3o%20dos%20primeiros%20estudos%20de%20viabilidade%20da%20UHE%20Belo%20Monte>>. Acesso em 10 jun. 2020.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios – as corporações multinacionais e os Direitos Humanos**. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.
SHUTTER, Oliver de; RAMASTRY, Anita; et.al. **Human Rights Due Diligence: The role of States**. December 2012. P. 3. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/583f3fca725e25fcd45aa446/t/58671817d2b857fd0d141820/1483151386977/Human-Rights-Due-Diligence-The-Role-of-States.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3573/DF, Rel. CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 01/12/2005, Tribunal Pleno, DJ 19/12/2006.

UNITED NATIONS, 2007. **United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). World Investment Report: Transnational Corporations, Extractive Industries and Development**. Geneva. Disponível em: <https://unctad.org/en/docs/wir2007_en.pdf>. Acesso em 17 abr. 2020.

UNITED NATIONS, 2008. Human Rights Council. **Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights, Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie.** U.N. Doc. A/HRC/8/5. 2008. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-report-7-Apr-2008.pdf>>. Acesso em 03 out. 2018.

UNITED NATIONS, 2011. **Guiding Principles on Business and Human Rights. Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework.** Disponível em: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf>. Acesso em: 03 out. 2018.

21. A SOCIEDADE LIMITADA E A EMISSÃO DE DEBÊNTURES COM FUNDAMENTO NA GOVERNANÇA CORPORATIVA¹

*LIMITED LIABILITY COMPANY AND THE ISSUE OF DEBENTURES BASED ON
CORPORATE GOVERNANCE*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-21>

Andressa Borges Monteiro Pires²

Unie Caminha³

Resumo

O objetivo do presente trabalho é averiguar a possibilidade de emissão de debêntures por sociedades limitadas. Dentre as sociedades empresárias, por se adequar melhor a pequenos, médios e grandes empreendimentos sem necessidade de grande aporte financeiro as sociedades limitadas são escolhidas com maior frequência, apesar das benesses conferidas às sociedades anônimas, como a possibilidade de se capitalizar via emissão de debêntures. O certo é que as sociedades limitadas, mesmo diante de sua prevalência e sua participação na economia, não contam com as melhores formas de captação de recursos. Nesse diapasão, acredita-se que, com a interpretação da legislação vigente, aliada à implantação de práticas de governança corporativa e consequente confiabilidade nesse tipo societário, seria urgente a permissão para as sociedades limitadas emitirem debêntures. Em relação à metodologia, optou-se por uma pesquisa exploratória, de abordagem qualitativa e com técnicas de pesquisa bibliográfica. Em sede conclusiva, verificou-se que ainda há dificuldade em permitir que as limitadas emitam debêntures, mas uma interpretação do ordenamento jurídico, em conjunto com a governança corporativa, imprime a ideia de que deveria ser possibilitada, ainda que sem alteração legislativa. Palavras-chave: Sociedade limitada. Governança corporativa. Debêntures.

Abstract

The objective of this paper is to evaluate the possibility for limited liability companies to issue debentures. Among business structures, once it can suit small, medium and large enterprises, without demanding a large amount of money, the limited liability

¹ O presente artigo consiste em uma adaptação e um reexame de discussões oriundas de Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito apresentado em 2018.

² Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Advogada. Pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). E-mail: andressabpires@hotmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Professora titular do programa de pós-graduação stricto sensu da Universidade de Fortaleza e professora adjunta da Universidade Federal do Ceará. Advogada. Endereço eletrônico: ucaminha@gmail.com

company is chosen more frequently, although companies have more advantages as the faculty to capitalize issuing debentures. It is right to say that limited liability companies, even despite its prevalence and its participation on the economy of the country, don't count with the best ways to capitalize. In this sense, gathering the right interpretation of the law with the principles for corporate governance that will imply more reliability for the limited liability company, would be imperative the issuing of debentures for this business structure. Methodologically, it was chosen an exploratory research with a qualitative approach and bibliographic technics of research. In conclusion, it was verified that the difficulty to allow limited liability companies to issue debentures still exists. However, performing an interpretation of the law with corporate governance would imply that the issuing of debentures by limited liability companies should be possible, even without any modifications on the law.

Keywords: Limited liability company. Corporate governance. Debentures.

Introdução

O Direito Societário, como ramo do Direito, deve acompanhar os anseios sociais. Hoje, o tipo societário de maior destaque em ambiente empresarial é a sociedade limitada, devido às suas estrutura e forma constitutiva, que são bastante simples e conferem ampla liberdade a seus integrantes no momento de estipular cláusulas que facilitem o andamento da atividade.

Independentemente da forma escolhida, para que uma atividade se mantenha a nível de competição no mercado, muitas vezes ela vai se socorrer de meios para angariar recursos, que hoje consistem no mútuo feneratício bancário, no aumento do capital social e na emissão de valores mobiliários, mas esta apenas está disponível às sociedades por ações. A emissão de valores mobiliários, por outro lado, notadamente as debêntures, são as formas mais eficazes de captação de recursos.

É evidente, assim, que o tipo societário que se adequa melhor a qualquer tipo de empreendimento e contém maior participação no pedido de constituição de novas sociedades não conta com as melhores condições de captar recursos. Além disso, não se antevê nenhuma impossibilidade no ordenamento jurídico brasileiro para que as sociedades limitadas possam emitir debêntures.

O objetivo geral do presente artigo é avaliar a possibilidade de emissão de debêntures por sociedades limitadas e, de maneira mais específica, entender a estrutura da sociedade limitada, estudar a governança corporativa como meio para

transpor confiabilidade às sociedades limitadas e verificar a possibilidade de emissão de debêntures por sociedades limitadas ante o ordenamento jurídico brasileiro.

Para a consecução do trabalho, foi eleita uma metodologia com técnicas de pesquisa bibliográfica para reunir os estudos mais recentes em relação à temática em foco, em conjunto com a interpretação do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, como o assunto é incerto e não há ampla aceitabilidade sobre a temática, a pesquisa foi exploratória e de abordagem qualitativa, vez que não se socorreu da análise de dados.

Assim, o trabalho conta com três sessões para examinar a possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures. Na primeira sessão, traça-se um panorama histórico e as características das sociedades limitadas. Em seguida, aborda-se as práticas de governança corporativa e a nova realidade que hoje anseia por elas. Por fim, na última sessão, são estudadas as debêntures como forma de capitalização e a evolução desse valor mobiliário na legislação brasileira.

1 Histórico e financiamento das sociedades limitadas no Direito brasileiro

No Direito brasileiro, as sociedades empresárias podem utilizar diversas roupagens, isto é, escolher o regramento que melhor se adeque à atividade dentre as opções existentes, considerando suas particularidades. Assim, é possível optar, nos termos do Código Civil, pelas normas das sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima ou em comandita por ações.

Por mais que existam esses cinco modelos, com disposições diversas e com finalidades próprias, têm principal destaque a sociedade limitada e a sociedade anônima em termos de procura, representando 99% (noventa e nove por cento) do total dos pedidos de constituição de sociedades empresárias⁴. Isso decorre da possibilidade de haver a limitação da responsabilidade dos sócios e dos acionistas em relação às sociedades limitada e anônima, respectivamente.

⁴ DEPARTAMENTO DE REGISTO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Pesquisa em Direito Empresarial. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por andressabpires@hotmail.com em 31 out. 2018.

Dentre os dois tipos societários mais comuns à *praxe*, ainda assim, prevalece a constituição da sociedade limitada, tendo em vista a sua adequação a pequenos, médios e grandes investimentos, enquanto a sociedade anônima melhor se adequa a sociedades que possuem grande aporte financeiro. Isso se dá pelas formalidades existentes no regramento das sociedades por ações, que conferem uma série de exigências aos acionistas e demandam, a princípio, um vultoso investimento financeiro para o cumprimento dessas obrigações.

As sociedades limitadas apenas surgiram no Brasil em 1919, como sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Antes da criação desse tipo societário, era possível seguir com a atividade empresarial de forma individual ou em conjunto, mas, quando desta forma, somente se poderia limitar a responsabilidade e garantir autonomia patrimonial elegendo a sociedade anônima, de modo que qualquer outra opção trazia pelo menos uma categoria de sócios que respondiam com seu patrimônio pessoal⁵.

O ingresso no meio comercial, assim, era bastante incerto, posto que só era assegurada a independência patrimonial para investimentos de grande monta, enquanto atividades de pequeno e médio porte não contavam com essa garantia⁶. Foi nesse cenário de insegurança que surgiu o Decreto 3.708 de 1919, instituindo a sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que seguia a lógica das legislações alemã e portuguesa⁷.

A criação da sociedade limitada, contrariando a lógica da maior parte dos tipos societários, é oriunda da atividade criativa do Poder Legislativo, ou seja, não decorreu da *praxe* e da posterior positivação legal⁸. Ainda assim, como se pode verificar pelas estatísticas⁹, é um instituto que obteve ampla aceitação social e conferiu verdadeiro

⁵ MATIAS, João Luis Nogueira. "Sociedade Limitada: evolução e função econômica". Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 105-117, abr. 2010.

⁶ MATIAS, João Luis Nogueira. "Sociedade Limitada: evolução e função econômica". Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 105-117, abr. 2010.

⁷ MARSHALL, Carla. "Limites constitucionais no tratamento das sociedades limitadas no novo código civil". Scientia Iuris, Londrina, v. 10, p. 59-81, 2006.

⁸ MATIAS, João Luis Nogueira. "Sociedade Limitada: evolução e função econômica". Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 105-117, abr. 2010.

⁹ DEPARTAMENTO DE REGISTO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Pesquisa em Direito Empresarial. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por andressabpires@hotmail.com em 31 out. 2018.

incentivo ao empreendedorismo¹⁰.

A estrutura e o regramento das sociedades limitadas, quando da vigência do decreto 3.708 de 1919, era elástica, o que permitiu que ela fosse se amoldando às exigências sociais, tendo em vista que não havia uma prática desse modelo anterior à sua positivação no Brasil. O Código Civil de 2002, portanto, Lei Federal que hoje confere suporte para o tratamento das sociedades limitadas, é o resultado legal de uma prática jurisprudencial e social sobre esse tipo societário e do reconhecimento de uma tutela específica de certas questões socioeconômicas¹¹.

O ponto basilar da presente discussão societária é a forma de captação de recursos e as opções disponíveis às limitadas. Veja-se que, quando há necessidade de angariar recursos, algumas opções são conferidas às sociedades empresárias, como o mútuo feneratício bancário, o aumento do capital social e a emissão de valores mobiliários, mas a última é restrita às sociedades por ações¹².

O mútuo é um contrato celebrado, nos termos do Código Civil, em decorrência de um empréstimo de coisas fungíveis e, quando na modalidade de mútuo feneratício, diz-se que há um empréstimo em dinheiro. O aumento do capital social ocorre quando há uma alteração no ato constitutivo e novos integrantes vão ser aceitos dentro da estrutura societária após a integralização do valor que subscreveram. A emissão de valores mobiliários, por outro lado, é uma possibilidade de capitalização específica prevista na lei das sociedades por ações, na lei que disciplina o Mercado de Capitais e nas instruções da Comissão de Valores Mobiliários e consiste em um modelo de captação de recursos diretamente no mercado de capitais¹³.

Dessa forma, resta à sociedade limitada a captação de recursos via mútuo feneratício ou aumento do capital social, ou seja, se submeter a regras do mercado de crédito ou permitir a entrada de estranhos em sua estrutura social. Assim, é certo

¹⁰ LANA, Henrique Avelino. "Sociedades limitadas: uma leitura via law and economics". *Scientia Iuris*, Londrina, v.18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014.

¹¹ CAVALCANTE, João Eudes Vital de Araújo. "A sociedade limitada como instrumento de desenvolvimento socioeconômico brasileiro". *Amazon's Research and Environmental Law*, Rondônia, v. 2, n. 1, p. 79-99, jan. 2014.

¹² DINIZ, Gustavo Saad. *Instrumentos de capitalização societária*. São Paulo: Libertars, 2014.

¹³ DINIZ, Gustavo Saad. *Instrumentos de capitalização societária*. São Paulo: Libertars, 2014.

que o tipo societário mais utilizado no país e que representa o maior incentivo ao empreendedorismo não conta com as melhores formas de captação de recursos.

Veja-se que, na lei que disciplina o mercado de capitais, Lei nº 6.385/76, está esculpido, no artigo segundo, o rol de valores mobiliários, a exemplo das debêntures, dos bônus de subscrição e das partes beneficiárias. As debêntures, entretanto, constituem o foco desse sistema de valores mobiliários, em razão de serem as mais eficazes para a obtenção de recursos financeiros e o mais comum meio utilizado para essa finalidade. Deve-se destacar, ainda, que o próprio conceito de valor mobiliário sofreu diversas alterações quando, em 2001, com a modificação da Lei do Mercado de Capitais, rechaçou-se a ideia de que era necessária uma sociedade anônima para se falar em valor mobiliário¹⁴.

Por meio das debêntures, a sociedade emite uma cédula de debênture, e os particulares, pessoas físicas ou jurídicas, fazem um empréstimo à sociedade pelas condições disciplinadas na cédula de debênture. Dessa forma, todas as condições das debêntures, como os juros, as eventuais garantias e o prazo para resgate, são previstos antes de se investir nesse título, o que faz que sejam bastante vislumbradas.

É possível verificar, com as debêntures, diversas vantagens tanto para as sociedades empresárias que as emitem quanto para os particulares que as utilizam como investimento. Para os particulares, pode representar possibilidade de obtenção de proventos com melhores condições de juros, maior simplicidade em relação ao investimento em ações e possibilidade de tal título ter garantias reais, e, para as sociedades empresárias, pode significar uma condição mais econômica para obtenção de crédito, seja para investir, para sair de uma crise, seja para financiar capital de giro¹⁵.

Ainda que apresentando uma série de benefícios para todos os envolvidos na operação, hoje não é permitida a emissão de debêntures por sociedades limitadas, mas somente às sociedades por ações em suas diversas modalidades. É

¹⁴ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

¹⁵ DINIZ, Gustavo Saad. Instrumentos de capitalização societária. São Paulo: Libertars, 2014.

interessante destacar, por fim, que é facultado, por expressa previsão legal no artigo 1.053, parágrafo único, do Código Civil, o regramento supletivo das normas de sociedade limitada pelas normas de sociedade anônima caso haja expressa menção sobre essa disposição no contrato social. Todavia, nem dessa forma se possibilita a emissão de debêntures por esse tipo societário.

A estrutura das sociedades anônimas no Brasil, notadamente as de capital aberto, que representam um verdadeiro termômetro da economia do País, e a existência da Comissão de Valores Mobiliários, que fiscaliza esse tipo societário, traz uma maior confiabilidade para elas¹⁶. Nesse sentido, se as sociedades limitadas, por exemplo, adotassem padrões comportamentais próprios da Governança Corporativa, seria urgente a permissão para que elas emitissem debêntures.

2 Governança corporativa¹⁷: contornos e reflexões sobre a necessidade de sua implementação

Uma prática que vem sido fortalecida nos últimos anos consiste na governança corporativa. O presente termo, destaca-se, pode vir a possuir diversas acepções, motivo pelo qual se esquia de qualquer conceituação do vocábulo no presente artigo científico, sob pena de não ser suficiente ou de incorrer em incongruências doutrinárias¹⁸. Entretanto, a aplicabilidade da governança corporativa prescinde a conceituação do termo.

A governança corporativa pode ser utilizada por uma série de razões como a preservação e a otimização do valor da empresa, a gestão estratégica de

¹⁶ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

¹⁷ O termo governança corporativa advém do inglês *corporate governance*, representando uma tradução literal. Ocorre que o vocábulo em inglês, por tratar de corporações, estaria fazendo referência apenas às sociedades anônimas (corporações). Por causa disso, é possível tratar de governança corporativa também pela expressão governo de empresas, fazendo uma melhor avaliação à possibilidade de aplicação a qualquer tipo societário. Entretanto, pela difusão da expressão governança corporativa, inclusive com o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), preferiu-se adotar esta denominação, mesmo se defendendo a aplicabilidade daquela a qualquer tipo societário.

¹⁸ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

investimentos, a tomada de decisões, a melhoria da gestão, a facilitação ao acesso de recursos e a melhor relação com os investidores¹⁹. Nesse sentido, as sociedades empresárias devem se moldar para que sejam implementadas tais práticas com vias aos objetivos mencionados.

Diante disso, no intuito de melhor compreender a governança corporativa como uma nova realidade de importante aplicabilidade, é premente que se observe, em linhas gerais, o seu surgimento, os padrões comportamentais aliados a ela e a possibilidade de aplicação dessas práticas a qualquer tipo societário.

O surgimento da governança corporativa advém de uma forte vinculação ao capitalismo e da separação de funções que está intimamente ligada a esse modelo de produção²⁰. Com a separação de funções, a propriedade efetiva e a gestão das atividades se afastam e, com isso, os interesses dos proprietários nem sempre são preservados, o que reverbera em conflitos e custos de agência²¹. Dessa ideia, começou-se a desenvolver os preceitos iniciais de governança corporativa.

Sob forma de princípios e recomendações para uma melhor atuação interna na sociedade empresária e com terceiros relacionados a ela, a governança corporativa compreende alguns preceitos, como a transparência, a prestação de contas confiável, a equidade e a responsabilidade corporativa.

O princípio da transparência é relacionado diretamente à clareza com que as informações são prestadas entre os próprios integrantes da sociedade e, também, com terceiros. Veja-se que a clareza das informações deve compreender tanto os ativos tangíveis quanto os intangíveis, para que melhor se possa avaliar a situação²². Além disso, o referido preceito imprime a ideia de divulgar informações relevantes tanto positivas quanto negativas, pois elas podem ser essenciais para a tomada de

¹⁹ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Caderno de Boas Práticas de Governança Corporativa Para Empresas de Capital Fechado: um guia para sociedades limitadas e sociedades por ações fechadas. São Paulo: IBGC, 2014.

²⁰ ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

²¹ JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. "Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade". Revista de Administração de Empresas, São Paulo, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

²² MARQUEZ, Cristiane de Melo; MARTINS, Vidigal Fernandes. "Em busca da transparência: entendendo os conceitos de governança corporativa". Revista científica e-locução, Vila Rica, v. 1, n. 8, p. 41-54, jun./dez. 2015.

decisões²³.

Quando se discute transparência, outro valor destacado é a prestação de contas confiável. No que se refere ao caixa e ao fluxo da empresa, é importante delinear tudo o que entra e tudo o que sai daquele ambiente, para que não haja dispersão e formação de reservas alheias à vontade da sociedade empresária. Essa seara não está isenta de escândalos e, para tanto, se deve adotar padrões internacionalmente aceitos de contabilidade²⁴.

Outro princípio que merece destaque é o tratamento paritário entre sócios, acionistas e partes interessadas, sem predomínio de uns em detrimento de outros. Apesar de a realidade mostrar que uns possuem certa vantagem, em decorrência da quantidade de quotas ou ações, o presente valor importa na criação de mecanismos para conceder maior segurança para aqueles que não possuem patente vantagem, como o *tag along*, o voto múltiplo e o direito de preferência²⁵.

Por fim, como preceito oriundo da governança corporativa, destaca-se a responsabilidade corporativa como princípio de adesão voluntária. O presente ditame deve servir como guia para os agentes da sociedade, que devem atuar com vias a extirpar externalidades negativas e aumentar as externalidades positivas a prazos variados²⁶.

A construção das práticas de governança surgiu de conflitos existentes da separação da gestão com a propriedade oriunda do capitalismo, e os preceitos nela inseridos são meras recomendações que beneficiam a sociedade empresária e os terceiros que possuem relação direta ou indireta com ela. Dessa maneira, apesar de inicialmente, parece estar apenas ligado às sociedades por ações²⁷, não se verifica

²³ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

²⁴ DEDONATTO, Omeri; BEUREN, Ilse Maria. "Análise dos impactos para a contabilidade no processo de implementação da governança corporativa em uma empresa". Revista de contabilidade e controladoria, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 23-38, set./dez. 2010.

²⁵ DOZZA, Arthur Giovanardi. "Proteção dos acionistas minoritários nas sociedades por ações de capital aberto: panorama das principais medidas administrativas e judiciais". Amazon's Research and Environmental Law, Rondônia, v. 2, n. 1, p. 100-120, jan. 2014.

²⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

²⁷ PRADO, Karina Santos do. A aplicabilidade das práticas de governança corporativa nas sociedades limitadas. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

nenhum empecilho à adoção dessas práticas de governança corporativa a tipos societários diversos das sociedades anônimas, como as sociedades limitadas.

As sociedades limitadas não podem ficar alheias às exigências sociais que, hoje, pugnam pela implementação de padrões de transparência, de prestação de contas confiável, de equidade e de responsabilidade, ou seja, de governança corporativa. Na ocasião em que uma sociedade empresária, seja ela anônima ou não, aplica corretamente esses valores em sua governação, o retorno interno e social é notável.

A implementação de padrões comportamentais por uma sociedade limitada faz que a confiabilidade nessa atividade cresça exponencialmente e na proporção da influência da atividade. Nesse sentido, deve ser notado que a segurança em um negócio evidencia a possibilidade de ele crescer, e nessa ocasião, portanto, deveriam ser ampliadas as hipóteses de captação de recursos, o que promoveria as chances de crescimento e lucro.

3 As debêntures como forma de capitalização: prerrogativa distante da sociedade limitada?

As debêntures, como já restou explanado, são uma forma de captação de recursos em que o interessado emite uma cédula de debênture e os particulares, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas a adquirem como uma forma realizar empréstimo à sociedade com condições próprias de juros, prazo e garantias. As debêntures são mais rentáveis para as partes e fazem que haja um mútuo engajamento entre elas, mas sua emissão é conferida apenas às sociedades por ações, conferindo restrição para as sociedades limitadas.

A previsão legal das debêntures é encontrada na Lei das Sociedades por Ações, e, ainda, duas Juntas Comerciais já se posicionaram no sentido de vedar que as sociedades limitadas a emitam²⁸. O referido impasse, por sua vez, ainda não foi devidamente solucionado.

Quando é facultado às sociedades a emissão de debêntures, há maior

²⁸ AMARAL, José Romeu Garcia do. Regime jurídico das debêntures. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

lucratividade entre todos aqueles que estão envolvidos na operação. Caso se facultasse que as limitadas a emitissem, em contraponto a uma sujeição dispendiosa com instituições de crédito, elas teriam melhores oportunidades de se manter no mercado e desempenhariam, ainda mais, sua função social²⁹.

Sobre a disciplina das debêntures, além de serem reguladas pela Lei 6.404/76, também são mencionadas no rol de valores mobiliários da Lei 6.385/76, que disciplina o Mercado de Capitais e institui a Comissão de Valores Mobiliários. Quando da edição da Lei 6.385/76, havia disposição expressa no sentido de que apenas sociedades anônimas poderiam emitir valores mobiliários, de forma que, nesse caso, não haveria o que se questionar quanto a emissão de debêntures por outros tipos societários.

Ocorre que, em 2001, como mencionado, com a edição da Lei 10.198 e da Lei 10.303, essa disposição foi extirpada da legislação brasileira, não se mantendo qualquer empecilho legal para que se viabilize a emissão de valores mobiliários por outros tipos societários³⁰. Entretanto, esse ainda não é o posicionamento que prevalece nas Juntas Comerciais.

Sobre a emissão de debêntures, veja-se que pode, inicialmente, ser feita por distribuição pública ou por distribuição privada. Naquela, há a necessidade de se arquivar a ata de assembleia que deliberou sobre a emissão de debêntures na Junta Comercial que está ligada à sociedade, do registro na Comissão de Valores Mobiliários para a prestação das informações relativas a esse valor mobiliário e suas condições, bem como a nomeação de um agente fiduciário. Na emissão privada de debêntures, por outro lado, não há necessidade de prestação de informações à Comissão de Valores Mobiliários, mas somente um acordo entre as partes envolvidas³¹.

Nesse sentido, para a distribuição privada, como não há necessidade de registro na Comissão de Valores Mobiliários e a legislação privada não proíbe, impera

²⁹ ANDRADE, Thiago. Empresa, responsabilidade e função social. Curitiba: CRV, 2017.

³⁰ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

³¹ ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO. Debêntures. Rio de Janeiro: ANDIMA, 2008.

o princípio da legalidade privada, em que tudo o que não for proibido deve ser permitido³². Ainda assim, como não há uma direta fiscalização da emissão desse valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários ou qualquer outra entidade, tem-se negado às sociedades limitadas a emissão de debêntures ainda que nessa modalidade. Para a distribuição pública, por outro lado, como se requer um registro na Comissão de Valores Mobiliários e apenas sociedades anônimas teriam essa prerrogativa, somente elas poderiam fazer esse tipo de distribuição.

Há, por sua vez, a possibilidade de distribuição pública com esforços restritos de valores mobiliários, conforme instrução 476 da Comissão de Valores Mobiliários³³. A referida instrução inaugura a desnecessidade de se registrar na autarquia federal para distribuição de debêntures e impõe a transparência entre as mais diversas pessoas envolvidas no processo, sejam elas físicas ou jurídicas. Impõe-se uma série de restrições para esse procedimento, como a busca e a subscrição por um número limitado e específico de investidores, os profissionais, que detêm maior experiência em relação a transações no mercado.

No presente caso, como não é necessário o registro na Comissão de Valores Mobiliários, os posicionamentos em relação a esse tipo de distribuição são mais favoráveis às sociedades limitadas. Inclusive, em justificativa elaborada pela CVM sobre a edição da presente instrução, foi destacado que essa distribuição independia do tipo societário da emissora³⁴.

É nesse sentido, portanto, que se ampara da governança corporativa como um meio a sustentar a confiabilidade nesse tipo societário para que seja possibilitada a distribuição privada de debêntures e viabilizada a distribuição pública de debêntures emitidas com esforços restritos³⁵. A transparência nas informações sociais, a

³² PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

³³ BRASIL. Instrução CVM nº 476, de 16 de janeiro de 2009. Dispõe sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados. Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://bit.ly/334aaHz>. Acesso em: 13 jul. 2018.

³⁴ COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. CVM edita Instrução CVM 476 que trata das ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos. **CVM**, [S.L], 16 jan. 2009, disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2009/20090116-1.html>>. Acesso em: 25 set. 2018.

³⁵ PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

prestação de contas utilizando mecanismos internacionalmente aceitos, a equidade e a responsabilidade corporativa são meios de fomentar a emissão de debêntures por sociedades limitadas.

Apesar das diversas disposições que poderiam se interpretadas a fim de garantir melhores condições de financiamento às sociedades limitadas, todas as tentativas nesse sentido foram frustradas³⁶. Portanto, a fim de garantir que o tipo societário que melhor se adequa a generalidade de empreendimentos, diversos Projetos de Lei em trâmite disciplinam esse permissivo.

Assim sendo, cinco Projetos de Lei preveem a emissão de debêntures por sociedades limitadas, ainda que de forma diversa: o PL 1.572/2011³⁷, que institui o Código Comercial; o PL 6.322-B/2013³⁸, que altera a Lei de Sociedades por Ações; o PLS 487/2013³⁹, que institui o Código Comercial, o PLS 11/2018⁴⁰, que altera o Código Civil de 2002 e o PL 3.324/2020⁴¹. Destaca-se que três desses projetos, quais sejam, o PL 1.572/2011, o PLS 487/2013 e o PLS 11/2018, disciplinam essa emissão de debêntures, mas a restringem à distribuição privada, enquanto o PL 6.322-B/2013 e o PL 3.324/2020 não mencionam o tipo de distribuição, para não a restringir.

Nenhum dos Projetos de Lei esgota o tratamento das debêntures para sociedades limitadas, mas qualquer deles, se aprovado, já representaria um avanço na disciplina daquela estrutura societária⁴². Acontece que, se aprovados da forma como estão dispostos, não se sabe se as limitadas ainda enfrentarão empecilhos para se financiar emitindo debêntures.

³⁶ AMARAL, José Romeu Garcia do. Regime jurídico das debêntures. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

³⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572/2011. Institui o Código Comercial. Disponível em: <https://bit.ly/3mQn83D>. Acesso em: 28 maio 2018.

³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.322-B/2013. Dispõe sobre a emissão de debêntures por sociedades limitadas. Disponível em: <https://bit.ly/3icn5Md>. Acesso em: 25 set. 2020.

³⁹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 487/2013. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <https://bit.ly/3kPMEnW>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 11/2018. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para aperfeiçoar o tratamento legislativo da sociedade limitada. Disponível em: <https://bit.ly/2RYlkaL>. Acesso em: 28 maio 2018.

⁴¹ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3324/2020. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 para autorizar a emissão de debêntures por sociedades limitadas e cooperativas. Disponível em: <https://bit.ly/3kMCJ2n>. Acesso em: 23 jul. 2020.

⁴² PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

Conclusão

Em sede conclusiva, mas ainda longe de exaurir a temática da possibilidade de emissão de debêntures por sociedades limitadas, é visível que ainda não há posicionamento definido, no Brasil, sobre essa temática. Para que melhor se vislumbre o fechamento das reflexões, avalia-se a reflexão específica de cada capítulo.

O primeiro capítulo buscou entender a estrutura das sociedades limitadas. Pelo objetivo de sua criação, de incentivar o empreendedorismo, ela se adequa a pequenos, médios e grandes empreendimentos e, por causa disso, hoje conta com a maior parte dos pedidos de constituição nas Juntas Comerciais. Apesar disso, elas não dispõem da melhor forma de captação de recursos, que é a emissão de valores mobiliários, notadamente as debêntures, que hoje é exclusiva das sociedades por ações.

O certo é que as sociedades anônimas, por sua estrutura e sua funcionalidade como termômetro social, estão em constante fiscalização pela Comissão de Valores Mobiliários, e as sociedades limitadas não contam com esse controle. O segundo capítulo, assim, estudou a governança corporativa como uma nova realidade que hoje parte do anseio social para a aplicação de seus padrões. Nesse sentido, pode-se gerar, além da maior confiabilidade na sociedade empresária, longevidade da atividade, sendo imperiosa sua implantação.

As debêntures, por contarem com estrutura própria, não requererem intermediação financeira e possibilitarem a estipulação de condições específicas, são benéficas para todas as partes envolvidas na operação, seja para o particular, como forma de investimento, seja para a sociedade, como forma de captação de recursos.

A distribuição das debêntures, como já explanado, pode ser de forma pública ou de forma privada. Nesta, não haveria qualquer limitação no ordenamento jurídico para a participação das limitadas, e, naquela, quando se tratando da distribuição pública com esforços restritos, também deveria ser facultada a participação das sociedades limitadas, ante a desnecessidade de registro na Comissão de Valores Mobiliários. Ainda assim, como a prática é diversa, foram propostos alguns Projetos

de Lei que visam a alterar a essa disposição na legislação.

Do exposto, com a interpretação da legislação vigente, a aplicabilidade do princípio da legalidade privada e o estudo do assunto em consonância com os avanços sociais para que o Direito não se torne letra morta, poder-se-ia chegar possibilidade de emissão de debêntures por limitadas, sem qualquer tipo de alteração legislativa. Ainda assim, não é essa a realidade atual.

Diante disso, foram elaborados alguns Projetos de Lei para melhor discutir a temática. Qualquer deles, se aprovado, trará benefícios às limitadas, mas talvez não se concretize o permissivo da maneira devida. São, portanto, necessários maiores aprofundamentos em relação ao financiamento de empresas e aos valores mobiliários para solucionar, de maneira razoável, o impasse.

Referências

AMARAL, José Romeu Garcia do. Regime jurídico das debêntures. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

ANDRADE, Thiago. Empresa, responsabilidade e função social. Curitiba: CRV, 2017. ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DO MERCADO FINANCEIRO. Debêntures. Rio de Janeiro: ANDIMA, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1.572/2011. Institui o Código Comercial. Disponível em: <https://bit.ly/3mQn83D>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.322-B/2013. Dispõe sobre a emissão de debêntures por sociedades limitadas. Disponível em: <https://bit.ly/3icn5Md>. Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL. Instrução CVM nº 476, de 16 de janeiro de 2009. Dispõe sobre as ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos e a negociação desses valores mobiliários nos mercados regulamentados. Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://bit.ly/334aaHz>. Acesso em: 13 jul. 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 11/2018. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para aperfeiçoar o tratamento legislativo da sociedade limitada. Disponível em: <https://bit.ly/2RYlkaL>. Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 3324/2020. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 para autorizar a emissão de debêntures por sociedades limitadas e cooperativas. Disponível em: <https://bit.ly/3kMCJ2n>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 487/2013. Reforma o Código Comercial. Disponível em: <https://bit.ly/3kPMEnW>. Acesso em: 28 maio 2018.

CAVALCANTE, João Eudes Vital de Araújo. "A sociedade limitada como instrumento de desenvolvimento socioeconômico brasileiro". *Amazon's Research and Environmental Law, Rondônia*, v. 2, n. 1, p. 79-99, jan. 2014.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. CVM edita Instrução CVM 476 que trata das ofertas públicas de valores mobiliários distribuídas com esforços restritos. CVM, [S.L], 16 jan. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/334TEac>. Acesso em: 25 set. 2018.

DEDONATTO, Omeri; BEUREN, Ilse Maria. "Análise dos impactos para a contabilidade no processo de implementação da governança corporativa em uma empresa". *Revista de contabilidade e controladoria, Curitiba*, v. 2, n. 3, p. 23-38, set./dez. 2010.

DEPARTAMENTO DE REGISTO EMPRESARIAL E INTEGRAÇÃO. Pesquisa em Direito Empresarial. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por andressabpires@hotmail.com em 31 out. 2018.

DINIZ, Gustavo Saad. *Instrumentos de capitalização societária*. São Paulo: Libertars, 2014.

DOZZA, Arthur Giovanardi. "Proteção dos acionistas minoritários nas sociedades por ações de capital aberto: panorama das principais medidas administrativas e judiciais". *Amazon's Research and Environmental Law, Rondônia*, v. 2, n. 1, p. 100-120, jan. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Caderno de Boas Práticas de Governança Corporativa Para Empresas de Capital Fechado: um guia para sociedades limitadas e sociedades por ações fechadas*. São Paulo: IBGC, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa*. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

JENSEN, Michael C.; MECKLING, William H. "Teoria da firma: comportamento dos administradores, custos de agência e estrutura de propriedade". *Revista de Administração de Empresas, São Paulo*, v. 48, n. 2, p. 87-125, abr./jun. 2008.

LANA, Henrique Avelino. "Sociedades limitadas: uma leitura via law and economics". *Scientia Iuris, Londrina*, v.18, n. 1, p. 9-43, jul. 2014.

MARQUEZ, Cristiane de Melo; MARTINS, Vidigal Fernandes. "Em busca da transparência: entendendo os conceitos de governança corporativa". *Revista científica e-locução, Vila Rica*, v. 1, n. 8, p. 41-54, jun./dez. 2015.

MARSHALL, Carla. "Limites constitucionais no tratamento das sociedades limitadas no novo código civil". *Scientia Iuris, Londrina*, v. 10, p. 59-81, 2006.

MATIAS, João Luis Nogueira. "Sociedade Limitada: evolução e função econômica". Revista Jurídica da UNI7, Fortaleza, v. 7, n. 1, p. 105-117, abr. 2010.

PIRES, A. B. M. A (im)possibilidade de as sociedades limitadas emitirem debêntures: das práticas de governança corporativa à capitalização societária. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito), Centro Universitário Christus, Fortaleza, 2018.

PRADO, Karina Santos do. A aplicabilidade das práticas de governança corporativa nas sociedades limitadas. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

ROSSETTI, José Paschoal; ANDRADE, Adriana. Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

22. PARÂMETROS INTERAMERICANOS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

INTER-AMERICAN PARAMETERS ON COMPANIES AND HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-22>

Andreia Maria Santiago¹

RESUMO

A temática sobre empresas e direitos humanos tem ampliado seu espaço de discussão no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sobretudo no que concerne ao processo de reparação às vítimas por abusos a direitos humanos por parte de empresas, de tal modo que passou a integrar a agenda da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Diante desse quadro, o presente artigo tem por escopo apresentar os parâmetros interamericanos sobre empresas e direitos humanos e as ações realizadas para o desenvolvimento da temática. Constatou-se que nos últimos anos essas ações se intensificaram, de tal modo que a CIDH e sua Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) lançaram os estândares mínimos para direitos humanos e empresas. Referida iniciativa apresenta insumos e práticas que podem auxiliar os países membros da CIDH no tocante às obrigações dos Estados em matéria de prevenção e resposta a violações de direitos humanos por partes de empresas. A metodologia de pesquisa assenta-se em estudo descritivo-analítico, com abordagem qualitativa e quantitativa, desenvolvida por meio de referencial teórico do tipo bibliográfico e documental.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Parâmetros interamericanos. Empresas. Direitos Humanos.

ABSTRACT

The theme on companies and human rights has expanded its space for discussion within the framework of the Inter-American Human Rights System, especially with regard to the reparation process for victims of human rights abuses by companies, in such a way that it has become part of the agenda of the Inter-American

¹ Mestre em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Advogada tributarista. Membro do grupo de pesquisa Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina com enfoque de estudos na temática empresas, direitos humanos e responsabilidade social empresarial, sob a coordenação da Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu.

E-mail: andreiasantiago@edu.unifor.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9332079800198032>

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6873-2561>

Commission on Human Rights (IACHR). Against this background, the purpose of this article is to present the inter-American parameters on companies and human rights and the actions taken to develop the theme. It was noted that in recent years, these actions have intensified, to the extent that the IACHR and its Special Rapporteur on Economic, Social, Cultural and Environmental Rights (REDESCA) have launched the minimum standards for human rights and business. Said initiative presents inputs and practices that can assist member countries of the IACHR with respect to the obligations of states in terms of preventing and responding to human rights violations by companies. The research methodology is based on a descriptive-analytical study, with a qualitative and quantitative approach, developed through a theoretical framework of the bibliographic and documentary type.

KEYWORDS: Inter-American Human Rights System. Inter-American parameters. Companies. Human rights.

INTRODUÇÃO

A temática empresas e direitos humanos tem gerado intensas discussões na comunidade internacional, sobretudo no que concerne a graves violações de direitos humanos por parte de empresas transnacionais, colocando em xeque lutas históricas que tiveram por centralidade a proteção à dignidade da pessoa humana. No âmbito da Organização das Nações Unidas, em 2011, foram aprovados pelo Conselho de Direitos Humanos, por unanimidade, os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, inaugurando uma nova fase no diz respeito a essa temática.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) não está alheio a esse contexto de graves violações a direitos humanos por empresas, pois tem desenvolvido, desde 2015, várias ações no sentido de aprimorar mecanismos de auxílio aos países membros, com vistas a adotarem políticas de prevenção e marcos normativos de controle e sanção em casos de violação a direitos humanos por parte de empresas.

Nesse escopo, em 2019, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou um relatório que contempla os padrões interamericanos sobre direitos humanos e empresas, o qual deve ser seguido pelos Estados membros. Diante desse quadro, o presente artigo pretende abordar os caminhos trilhados pelo SIDH até a aprovação do *"Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"*. Para tanto, optou-se por dividir o trabalho em duas seções: na

primeira, apresenta-se a estrutura do SIDH com foco nos órgãos que influenciaram na temática abordada; na segunda, trata-se especificamente das principais ações desenvolvidas pela CIDH até a aprovação dos parâmetros interamericanos.

1 SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) é um sistema regional de proteção dos direitos humanos criado no contexto do pós-Segunda Guerra Mundial em sincronia com a construção do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos da ONU em 1948. Ambos os sistemas representam uma reação normativa, política, ética e moral às graves violações à dignidade da pessoa humano perpetradas no âmbito dos Estados-nação. Esse quadro de violações a direitos humanos mobilizou a sociedade internacional a repensar seus conceitos tradicionais de soberania estatal, de forma a admitir certo grau de intervenção internacional no âmbito interno do Estado com o objetivo de assegurar o respeito aos direitos humanos.²

O SIDH nasceu por intermédio da Carta da Organização dos Estados Americanos, assinada em Bogotá, em 1948, a qual estabeleceu a fundação da Organização dos Estados dos Americanos (OEA) e incluiu dentre os propósitos e princípios da entidade a afirmação dos direitos humanos.³ Dentre os principais marcos normativos do SIDH destacam-se: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e seu Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ou Protocolo de San Salvador (1998).⁴

² CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. **Lua Nova**, São Paulo, n. 90, pág. 133-163, dezembro de 2013, p.140. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 de setembro de 2020. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452013000300006>.

³ BARRETO, Rafael. **Direitos humanos**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 160.

⁴ LOPES, A.M.D'Á; CHEHAB, I. M. C. V. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**. v. 12, n. 2. Jul./Dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/1367/1004>>. Acesso em: 10 set. 2020.

Flávia Piovesan sublinha que o SIDH possui dois regimes, um baseado na Convenção Americana e outro na Carta da Organização dos Estados Americanos. Aponta ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), também denominada de Pacto de San José da Costa Rica, é o instrumento mais importante do SIDH.⁵ Acompanha esse entendimento André Ramos, que ressalta sua importância pela abrangência geográfica, haja vista comportar 24 países signatários, pelo seu catálogo de direitos civis e políticos e pela própria estruturação do sistema, o qual supervisiona e controla as obrigações impostas aos Estados membros e conta com o apoio de uma Corte própria, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica.⁶

A CADH prevê dois órgãos principais de composição do SIDH: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O artigo 61 da Convenção enuncia que somente os Estados membros e a Comissão podem submeter casos para apreciação da Corte IDH. Esta possui função contenciosa, na qual as sentenças são definitivas e inapeláveis.⁷ Não obstante, a função jurisdicional possui caráter coadjuvante ou complementar. Nesse sentido é necessário que haja o esgotamento de todos os recursos internos para que a Corte possa ser demandada. Esse requisito prévio garante aos Estados membros a possibilidade de solucionar seus conflitos internamente, de modo a evitar um processo transnacional que possa lhe acarretar uma responsabilização internacional.⁸ A Corte também exerce a função consultiva, realizada quando um Estado membro consulta a Corte sobre a interpretação da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. 3. ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 127.

⁶ RAMOS, A. DE C. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, 1 jan. 2009, p.248.

⁷ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

⁸ BAZÁN, Víctor, "La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales", en *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*, **Serie 'Cuadernos de Regularidad Constitucional'**, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia, 2015, p. 46.

A CIDH representa o primeiro organismo efetivo de proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, haja vista ter sido criada em 1959 pela OEA, antes mesmo da vigência da Convenção em 1969.⁹ Sua competência abrange tanto os Estados partes da Convenção quanto os Estados membros da OEA, logo seu âmbito de atuação é bem maior que o Corte IDH que tem competência apenas para os Estados partes da Convenção. É nesse aspecto que a CIDH ganha importância ímpar frente a Corte, haja vista possuir um âmbito de influência sobre um número maior de Estados. Consoante preleciona o artigo 41 da CADH, a CIDH possui por principal função a promoção, observância e defesa dos direitos humanos. Para tanto, pode "solicitar aos governos dos Estados membros que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos".¹⁰

Para melhor promoção e observância dos direitos humanos, em 1990, a CIDH iniciou um processo de criação de Relatorias Temáticas, cuja atuação tem por foco atender grupos especialmente expostos à violação de direitos humanos seja por situações de vulnerabilidade seja pelo histórico de discriminação alvejados. Por meio dessas relatorias, a CIDH pretende melhor sistematizar seus trabalhos frente a esses grupos vulneráveis.¹¹

Das treze Relatorias criadas destaca-se, no âmbito da temática empresas e direitos humanos, a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA). Em 2017, essa Relatoria inicia seus trabalhos com a nomeação do Relator sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA), com destaque para o acréscimo dos direitos ambientais. Segundo o Secretário Executivo, Paulo Abrão, a criação dessa relatoria é o resultado do esforço de vários grupos de ativistas sociais e coincide com as aspirações dos Estados membros. Assinala ainda que a relatoria cria um conjunto de possibilidades para se

⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos**. p. 164. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

¹⁰ CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

¹¹ OEA. **Relatorías y Unidades Temáticas**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/.asp>>. Acesso em: 11 set. 2020.

construírem novos estândares interamericanos, e, por via de consequência, atualiza a agenda temática da CIDH de modo a ampliar seu alcance social.¹²

2 PARÂMETROS INTERAMERICANOS SOBRE EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS

O debate em torno do papel das empresas nacionais e transnacionais não é algo novo, remonta à década de 1970, quando o Conselho Econômico e Social da ONU solicitou ao Secretário-Geral que constituísse um grupo de trabalho para estudar o impacto das empresas multinacionais no processo de desenvolvimento e formular um Código de Conduta. Nos últimos anos, as discussões têm se intensificado na comunidade internacional, mormente no que diz respeito à violação de direitos humanos face às atividades dessas empresas. Em 2011, inaugurou-se uma nova etapa no âmbito das Nações Unidas, com a aprovação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, mediante a Resolução A/HRC/RES/17/4 de 6 de julho de 2011. Logo após, com a criação de um grupo de trabalho para divulgar e implementar esses princípios.¹³ Esses marcos retratam o engajamento da ONU com a temática empresas e direitos humanos.

O SIDH não está alheio a esse panorama e desde 2015 desenvolve ações, por intermédio de seus órgãos, no intuito de dar tratamento regional ao tema. Nesse desiderato, o SIDH quer contribuir para que os Estados membros desenvolvam políticas internas e externas, com vistas a determinar que as empresas, em âmbito doméstico, respeitem os direitos humanos e, quando os violarem, efetuem a devida reparação às vítimas. Dentre referidas ações, destaca-se inicialmente o reconhecimento reiterado por seus órgãos de que, em determinadas circunstâncias, os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por atos violadores de

¹² OEA. *Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Origen*. Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>>. Acesso em 20 set. 2020.

¹³ BILCHITZ, David; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: a critical framework for the future. In ebook kindle: DEVA, Surya; BILCHITZ, David. *Human rights obligations of business*. New York: Cambridge University, 2013.

direitos humanos cometidos por particulares, o que inclui as empresas.¹⁴

O Relatório "*Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*", aprovado pela CIDH, em dezembro de 2015, exemplifica situações em que os Estados podem ser responsabilizados internacionalmente por atos de empresas que violem direitos humanos. Nesse relatório, a CIDH declara quais são as obrigações dos Estados diante das atividades de extração, exploração e desenvolvimento, face aos direitos dos indígenas e comunidades afrodescendentes. Argui-se que os Estados possuem autonomia para explorar seus recursos naturais, mas esta autonomia não é ilimitada, portanto, deve ser exercida em consonância com os padrões normativos de prevenção, respeito e não violação a direitos humanos. Assim, as atividades extrativistas e de exploração não podem se realizar às custas de direitos humanos de grupos ou comunidades nas quais estejam sendo executadas.¹⁵

Destaca-se como uma das obrigações que devem ser realizadas pelos Estados é a criação de marco normativo adequado para proteção dos direitos humanos frente a essas atividades. Esse relatório foi analisado a questão da predominância de atividade de empresas estrangeiras nos países membros, acusadas de cometerem violações a direitos humanos e saírem impunes nos países em que operam. Nesse aspecto, o relatório apresentou recomendação para que os Estados sigam obrigações e linhas de ação contra essas atividades, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos determina, cujo escopo em última análise é a proteção dos direitos humanos desses povos.¹⁶

Outro exemplo de ações que têm contribuído para o avanço na discussão dialógica da temática empresas e direitos humanos são as audiências e sessões públicas realizadas pela CIDH, por meio da REDESCA. Essas audiências ocorrem

¹⁴ OEA. **Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos.** Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp>>. Acesso em 15 set. 2020.

¹⁵ CIDH. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.** Washington: 2015, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/2016.pdf>>. Acesso 15 set. 2020.

¹⁶ *Ibid.*

diante dos comissionados e conta com a participação de representantes da sociedade civil, organizações de defesa dos direitos humanos, representantes dos Estados membros e experts nos temas abordados. Cumpre destacar a audiência ocorrida no "167 Periodo de Sesiones", em Bogotá, Colômbia, em fevereiro de 2018, ocasião em que as organizações requerentes da audiência conseguiram enfatizar a necessidade de reformas legislativas no âmbito interno dos Estados, com o objetivo de garantir a responsabilização das empresas por violações a direitos humanos, bem como a efetiva reparação às vítimas. Os requerentes teceram considerações sobre os fortes impactos ocasionados pelas atividades de empresas transnacionais e postularam a CIDH o desenvolvimento de um arcabouço normativo que propicie mecanismos de efetiva responsabilização dessas empresas por danos causados. Enunciou-se mais uma vez o terceiro pilar dos Princípios Orientares da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos, em uma abordagem empenhada em estabelecer mecanismos que permitam a efetiva reparação às vítimas.¹⁷

Outra audiência de repercussão ímpar foi a realizada em maio de 2019, no 172º Período de Sessões, com o tema: "*La Reparación de la Violación de Derechos Humanos por Empresas*". Dentre os nove países requerentes da audiência encontravam-se Brasil, Peru e México. Representando a sociedade civil, as Instituições brasileiras Conectas e Justiça Global. Nessa audiência, os requerentes deram continuidade ao diálogo iniciado por ocasião das Sessões Santo Domingo, em 2018, que teve por destaque o tema da adoção da devida diligência por parte das empresas. Ressaltaram que o SIDH, no que concerne à temática de empresas e direitos humanos, centra suas ações na perspectiva do terceiro pilar dos Princípios Orientadores da ONU. Apresentaram, ainda, casos de graves violações a direitos humanos por parte de transnacionais que permanecem sem a devida assistência e reparação dos danos causados às vítimas, como no caso da Samarco (no Brasil). Pontuaram que o desenvolvimento de parâmetros interamericanos sobre empresas

¹⁷ OEA. **Audiencias Públicas, Reuniones de Trabajo, Actividades Promocionales y Reuniones Bilaterales**. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/041A.asp>>. Acesso 05 set. 2020.

Toda a sessão encontra-se gravada e a disposição no you tube no seguinte endereço eletrônico: < <https://www.youtube.com/playlist?list=PL5QLapyOGhXuLZonmAfYVnY2MZM6-qcUr>>. Acesso 05 set. 2020.

e direitos humanos deve ter por centralidade a responsabilização das empresas que violarem direitos humanos, com um olhar especial para a efetiva reparação às vítimas. Nesse viés, pontuaram os elementos essenciais para o processo de reparação de abusos perpetrados por empresas, de modo a frisar que a reparação deve pautar-se, ao longo de todo o procedimento: *i)* no dever de transparência, no qual se faz necessário informações confiáveis, acessíveis a todas as partes e disponibilizadas de forma integral; *ii)* a reparação deve contar com a participação efetiva das comunidades afetadas; *iii)* a reparação deve ser integral e efetiva; *iv)* em momento algum, a reparação deve discriminar (considerando-se nesse aspectos a afetação desproporcional a grupos indígenas e comunidades carentes). A comissionada Flávia Piovesan concordou com a incorporação dos Princípios Orientadores da ONU, mas não como fórmula de repetição pura e simples. Nesse aspecto, defendeu que a estes princípios deveria se incorporar a perspectiva regional ampliando seu conteúdo de forma a se tornar mais exequível à realidade latino-americana.¹⁸

Vários pontos abordados nessa audiência foram incorporados ao Relatório elaborado pela REDESCA e aprovado em novembro de 2019 pela CIDH, o qual estabeleceu os estândares interamericanos para empresas e direitos humanos, nominado *"Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"*. O relatório apresentou doze critérios interamericanos considerados fundamentais em matéria de empresas e direitos humanos, quais sejam: centralidade da pessoa e dignidade humana; universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos; igualdade e não discriminação; direito ao desenvolvimento; direito a um meio ambiente saudável; direito de defender os direitos humanos; transparência e acesso à informação; mecanismos gerais de consulta e participação livre, prévia e informada; prevenção e

¹⁸ REDESCA: CIDH. Audiência pública intitulada: ***"La Reparación de la Violación de Derechos Humanos por Empresas"***. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?time_continue=2047&v=6SsbV3jV1fg&feature=emb_logo. Acesso em: 15 set. 2020.

devida diligência em relação aos direitos humanos; responsabilidade e reparação efetiva; extraterritorialidade; luta contra a corrupção e a captura do Estado.¹⁹

Cabe destacar que a centralidade nas pessoas e vítimas de violações a direitos humanos é uma demanda perquirida há longa data pelos movimentos sociais de base, e pela primeira vez deu-se azo a tal demanda. Isso demonstra o olhar inovador da CIDH e a consonância das ações desse órgão com a perspectiva nuclear de proteção aos direitos humanos. Essa perspectiva é centrada na proteção à dignidade da pessoa humana, a qual é considerada como pressuposto para vários critérios de análise da relação entre empresas e direitos humanos, principalmente no que se refere às pessoas em situação de vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, constatou-se que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos desenvolveu, nos últimos anos, inúmeras ações para elaborar parâmetros normativos destinados a auxiliar os países membros na execução de políticas que pressionem as empresas a adotarem uma gestão pautada no respeito aos direitos humanos e na efetiva reparação desses direitos em caso de violação.

Nesse escopo, a CIDH aprovou, em novembro de 2019, um relatório que estabelece os parâmetros interamericanos sobre direitos humanos e empresas, intitulado *"Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos"*, o qual pretende responder as demandas sociais pela responsabilização de empresas quando violarem direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Víctor, *"La Corte Interamericana y su interacción con los tribunales nacionales"*, en *Hacia la construcción del diálogo judicial. Un acercamiento al sistema interamericano*, **Serie 'Cuadernos de Regularidad Constitucional'**, México, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia, 2015, pp. 45-118.

¹⁹ REDESCA; CIDH. *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington: OEA, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.

BILCHITZ, David; DEVA, Surya. The human rights obligations of business: a critical framework for the future. In ebook kindle: DEVA, Surya; BILCHITZ, David. **Human rights obligations of business**. New York: Cambridge University, 2013.

CAMBIAGHI, Cristina Timponi; VANNUCHI, Paulo. Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH): reformar para fortalecer. **Lua Nova**, São Paulo, n. 90, pág. 133-163, dezembro de 2013. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452013000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 24 de set. 2020.

CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em: 11 set. 2020.

CIDH. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: Protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo**. Washington: 2015, p. 10-11. Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>>. Acesso 15 set. 2020.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. **Protección jurídica de los derechos humanos**. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.

LOPES, A.M.D'Á; CHEHAB, I. M. C. V. Bloco de constitucionalidade e controle de convencionalidade: reforçando a proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*. v. 12, n. 2. Jul./Dez. 2016. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1367/1004>>. Acesso em: 10 set. 2020.

OEA. **Audiencias Públicas, Reuniones de Trabajo, Actividades Promocionales y Reuniones Bilaterales**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/041A.asp>>. Acesso 05 set. 2020.

OEA. **Cuestionario de consulta para la elaboración del informe: Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos**. Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/informes/cuestionarios.asp>>. Acesso em 15 set. 2020.

OEA. **Relatorías y Unidades Temáticas**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>>. Acesso em: 11 set. 2020.

OEA. Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Origen. Disponível em: <<http://www.oea.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>>. Acesso em 20 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 3. ed., rev. amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, A. DE C. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, 1 jan. 2009.

REDESCA; CIDH. *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Washington: OEA, 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2020.

23. LEGITIMIDADE ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA PARA REQUERER FALÊNCIA: NOVO CAPÍTULO DO EMBATE?

*LEGITIMACY OF PUBLIC FARMING TO APPLY FOR BANKRUPTCY: NEW CHAPTER
OF THE CLASH?*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-23>

Liliane Gonçalves Matos¹

Lívia Ximenes Damasceno²

Resumo

Por intermédio deste artigo, revisitar os argumentos que consolidaram o posicionamento do STJ quanto a ilegitimidade passiva do fisco para requerer falência a partir da Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. Por isso, na primeira seção, diferencia-se a execução fiscal da execução civil. Na segunda, investiga-se a Lei 11.101/2005 para saber quem tem legitimidade ativa para requerer o pedido de falência e em quais circunstância pode ser requerido. Por fim, analisa-se a Apelação de nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP que reconheceu a legitimidade ativa do fisco para pontuar os fundamentos da decisão. Como resultado obteve-se que o TJ/SP abriu precedência para que o fisco tentar liquidar seus débitos fiscais, sob ameaça de requerimento de falência. Conclui-se que para que o Fisco não tenha legitimidade ativa pra requer falência do devedor fiscal é preciso que abra mão da execução fiscal e se submeta ao concurso de credores, do contrário estar-se-ia dando superpoderes ao fisco além daqueles legalmente concedidos. A metodologia utilizada é descritiva-analítica para entender o porquê de o TJ/SP ter modificado o entendimento. Assim, fará uso do método bibliográfico e documental, revisitando os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ, bem como aqueles usados pelo TJ/SP para embasar a decisão proferida em sede de Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491.

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Empresarial e Processo Empresarial pela Universidade de Fortaleza. Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário pela Universidade de Fortaleza. Advogada. Bolsista da Funcap/Capes.

² Advogada (OAB/CE: 26.580). Professora de Direito Civil e Direito Empresarial no Centro Universitário Christus. Integrante da Comissão de Estudos de Empresa e Societário (CEES) da Ordem dos Advogados do Brasil secção Ceará (OAB-CE) e do Núcleo de Estudo em Direito Empresarial e Econômico (NEDEmpresa) da Escola Superior de Advocacia do Ceará (ESA-CE). Doutoranda em Direito Constitucional nas relações privadas na Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (Diploma revalidado pela Universidade Federal do Ceará - UFC). Especialista em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Palavras-chave Dívida tributária; Pedido de Falência; Legitimidade Ativa do Fisco; Lei 11.101.

Abstract

This paper revisits the arguments that consolidated the STJ's position regarding the passive illegitimacy of the tax authorities to file for bankruptcy from Appeal No. 1001975-61.2019.8.26.0491 of the TJ/SP. Therefore, in the first section, tax enforcement differs from civil enforcement. In the second, Law 11.101/2005 is investigated to find out who has the legal standing to file for bankruptcy and under what circumstances it may be required. Finally, we analyze Appeal No. 1001975-61.2019.8.26.0491 of the TJ/SP that recognized the active legitimacy of the tax authorities to score the grounds for the decision. As a result, it was obtained that the TJ/SP opened precedence for the tax authorities to try to settle their tax debts, under threat of filing for bankruptcy. It is concluded that in order for the Tax Authorities not to have active legitimacy to require bankruptcy of the tax debtor, it is necessary to waive the tax foreclosure and submit to the creditors' competition, otherwise the tax authorities would be giving superpowers in addition to those legally granted. The methodology used is descriptive-analytical to understand why the TJ/SP has changed the understanding. Thus, it will use the bibliographic and documentary method, revisiting the doctrinal, jurisprudential and legal arguments that consolidated the STJ's positioning, as well as those used by the TJ/SP to support the decision issued in Appeal Nº. 1001975-61.2019.8.26.0491.

Keywords Tax debt; Bankruptcy filing; Tax Authorities' Active Legitimacy; Law 11.101.

INTRODUÇÃO

A análise da posição do fisco no procedimento falimentar é destaque nas discursões comerciais desde o Dec. Lei 7661/45. A norma do art. 9º do Dec. Lei não deixava clara sobre a possibilidade ou não de o Fisco ser sujeito ativo do pedido de Falência. A redação, embora não autorizasse a Fazenda Pública, tampouco a proibia de figurar no polo ativo do pedido. Assim, segundo o art. 8º do Dec. Lei, a falência era procedimento destinado mais ao próprio falido do que a terceiros.

Com a exegese da Lei 11.101 de 2005, o legislador estabeleceu, no art. 97, a legitimidade ativa para requerer a falência: a) o próprio devedor; b) o cônjuge sobrevivente, qualquer herdeiro do devedor ou o inventariante; c) o cotista ou o acionista do devedor na forma da lei ou do ato constitutivo da sociedade ou; d) qualquer credor. Diferente do Dec. Lei, a Lei 11.101/2005 parece permitir ao fisco

legitimidade para requerer a falência. Este é justamente o ponto que leva à discussão.

Afinal, poderia o fisco requerer a falência do devedor nos termos do art. 94 da Lei 11.101/2005? A discussão parecia ter se encerrado quando o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 363206-MG em repercussão geral, consolidou o entendimento de que não cabe à Fazenda Pública legitimidade para requerer falência do devedor. O embate, todavia, parece ter ganhado novo capítulo.

Na Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 a 1ª Câmara de Direito Empresarial da Comarca de São Paulo, composta pelos E. Desembargadores Pereira Calças (Presidente), Azuma Nishi, Fortes Barbosa e Cesar Ciampolini decidiram reformar a decisão do juízo do *a quo* e dar prosseguimento à falência com base em pedido formulado pelo Fisco Federal. Desta forma, relevante é observar quais argumentos foram preponderantes para que o TJ/SP, em uma das Câmaras de Direito Empresarial mais respeitadas no país, modificasse o entendimento para autorizar o pedido de decretação de falência com base em pedido da União?

Para tanto, o presente trabalho objetiva revisar os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ quanto a ilegitimidade passiva do fisco para requerer falência a partir da Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. Por isso, na primeira seção, diferencia-se a execução fiscal da execução civil. Na segunda, investiga-se a Lei 11.101/2005 para saber quem tem legitimidade ativa para requerer o pedido de falência e em quais circunstância pode ser requerido. Por fim, analisa-se a Apelação de nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP que reconheceu a legitimidade ativa do fisco para pontuar os fundamentos da decisão.

A metodologia utilizada é descritiva-analítica para entender o porquê de o TJ/SP ter modificado o entendimento. Assim, fará uso do método bibliográfico e documental, revisitando os argumentos doutrinários, jurisprudencial e legais que consolidaram o posicionamento do STJ, bem como aqueles usados pelo TJ/SP para embasar a decisão proferida em sede de Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491.

1 EXECUÇÃO FISCAL

Ao se falar em obrigações no direito brasileiro estar-se falando em relação jurídica que tem como figuras “devedor e credor”, podendo serem múltiplos os ocupantes de cada um deles³. Este tem o direito pessoal a que uma pessoa faça, não faça ou dê alguma coisa. Enquanto aquele tem a obrigação de fazer, não fazer ou de dar ou não dar alguma coisa.⁴

Veja que obrigação resulta em débito para o credor e, na maioria das vezes, em dívida para o devedor. Diz-se isso, porque é possível haver aquele sem este, como ocorre nos casos das dívidas prescritas. Se a prescrição elimina a pretensão, mas não elimina o direito, então débito e dívida não podem ser considerados sinônimos. Essa diferenciação guarda relevância a medida em que é a dívida que origina a responsabilização.

A responsabilização ganha especial a medida em causa temor ao devedor já que se ela não existisse pouco se veria o cumprimento das obrigações. Assim, quer tenham sido constituídas de forma voluntárias ou por imposição legal, é imprescindível que as dívidas sejam cumpridas. Embora desejado, não se pode esperar que todas as obrigações sejam cumpridas de forma espontânea. O descumprimento impõe responsabilização por meio da cobrança da dívida que pode ser contratual ou extracontratual.

A cobrança será contratual sempre que a dívida for oriunda da inexecução de contrato, título executivo extrajudicial, reforço de garantias, entre outros. Em outras palavras, a cobrança contratual tem origem no ilícito contratual: falta de

³ A polaridade da relação obrigacional apresenta, de um lado, o sujeito ativo (credor) e, de outro, o sujeito passivo (devedor). Poderão ser múltiplos os sujeitos ativos e passivos. SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*, 17. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

⁴ Venosa afirma que: Pelo o que se percebe da definição de obrigação, estrutura-se ela pelo vínculo de dois sujeitos, para que um deles satisfaça, em proveito do outro, determinada prestação. Destarte, o sujeito ativo, o credor, tem uma pretensão com relação ao devedor. Na obrigação não existe um poder imediato sobre a coisa. Preliminarmente, o interesse do credor é que o devedor, sujeito passivo, satisfaça, voluntariamente ou coercitivamente, a prestação. A sujeição do patrimônio do devedor só vai aparecer em uma segunda fase, na execução coativa, com a intervenção do poder do Estado. SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*, 17. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 set 2020.

adimplemento ou mora no cumprimento de qualquer obrigação. Para estes, o legislador disciplinou que a cobrança seja realizada nos moldes do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015⁵, por meio da execução judicial.

Semelhante à dívida extracontratual em sua constituição, a obrigação tributária se diferencia no que tange à responsabilidade, já que para a constituição é indispensável o lançamento da autoridade administrativa ou da declaração do devedor⁶. Realizado o lançamento, a conversão de obrigação em dívida acontece após a inscrição na dívida ativa.

Diante disto, a inscrição da dívida ativa é realizada pela Procuradoria da Fazenda de cada ente federativo (União, Estados, Município e DF), sendo ato de controle administrativo da legalidade. Apenas após a inscrição é que se pode falar em surgimento da exigência da dívida. Desta forma, não há que se falar em execução fiscal sem que haja dívida ativa devidamente inscrita pelo órgão competente.

Veja que o procedimento para cobrança não é o mesmo para o caso dos credores fiscais e não fiscais. Se o devedor tiver como credor a Fazenda Pública, seja ela da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o legislador determina que outro mecanismo seja utilizado para cobrança de dívidas: a execução fiscal. Por meio dela, após a inscrição da dívida ativa, a Fazenda Pública, e respectivas autarquias⁷, busca no patrimônio do devedor satisfazer seu crédito.

Aponta-se que a certidão de dívida ativa, nos termos do artigo 784, IX, do CPC/2015 é título executivo extrajudicial que deve ser estabelecido nos mesmos moldes do termo de inscrição de dívida ativa. De forma que, efetuado o lançamento do crédito tributário, é preciso notificar o contribuinte e encerrar o procedimento administrativo para que o crédito passe a ser exigível. Diz-se, exigível porque a exequibilidade só advém após a inscrição da dívida ativa tributária.

Esta condição é indispensável para a defesa do executado. Ora, se o Estado tem o poder de fazer o lançamento e a inscrição, então é preciso haver, pelo menos,

⁵ BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

⁶ Vide ODMIR, B.M.Â. F. *Série Soluções Jurídicas - Execução Fiscal*. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. ISBN: 9788597016499. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016499/>. Acesso em: 25 sep 2020.

⁷ Vide caput do artigo 1º da Lei 6.830/80.

publicidade de todos os atos e encerramento do processo administrativo para proceder a execução fiscal. Esta tem rito próprio previsto na Lei nº 6.830/80⁸ que concede série de benefícios e garantias desproporcionais ao fisco, dentre eles: o objeto da ação que não busca a constituição nem a declaração do direito, mas a efetivação deste, que se presume líquido e certo, por força de lei, o condicionamento ao desfrute de benefícios fiscais à inexistência de litigiosidade tributária.

O Código Tributário Nacional – CTN – também concede garantias excepcionais ao crédito fiscal em decorrência da primazia do interesse público, por conta da natureza e das características do tributo em exigência. Essas garantias são proteções concedidas ao Estado, isto é, meios assecuratórios para o ideal cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes e estão dispostas nos artigos 183 a 185 do CTN, além de poderem ser expressamente previstas em lei de competência da União Federal. Há ainda ausência de concurso com os demais credores, pois o crédito tributário tem preferência cronológica na satisfação, art. 186.

É por isso que o crédito fiscal é chamado de privilegiado e que este apenas sede para a impenhorabilidade absoluta decorrente de lei ordinária federal, como por exemplo, imóvel residencial de entidade familiar. Logo, os bens e rendas do devedor que não se enquadram nestas hipóteses respondem pelo crédito tributário. Inclusive aqueles dados em garantia ou mesmo gravados com cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula.

Assim, a execução fiscal consiste na cobrança judicial de dívidas fiscais, ou seja, créditos, quer sejam tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa.⁹ É procedimento judicial de execução tributária de título extrajudicial, isso porque para haver a execução é necessário haver primeiro o título executivo (NCPC, art. 771) e, depois, que esse título corresponda a uma obrigação líquida, certa e exigível (NCPC, art. 783).

⁸ BRASIL. *Lei de Execução Fiscal*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

⁹ MACHADO, H. B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

2 LEGITIMIDADE ATIVA NA FALÊNCIA

Prevista na Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005 – Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LRE) – a falência é procedimento jurídico especial¹⁰ com caráter bifrontal que modifica o *status* de devedor para falido e regulamenta a execução coletiva¹¹ forçada. Não é “singelamente, de direito material, mas também não se reduz a mero processo”¹². O instituto falimentar é considerado causa de dissolução da sociedade empresária, sendo composto por “regras jurídicas técnicas ou construtivas, que definem e regulam uma situação especial de ordem econômica, a liquidação judicial”¹³.

Por meio da falência o Estado apresenta “solução judicial da situação jurídica do devedor-empresário que não paga no vencimento obrigação líquida”¹⁴. O instituto não é o *mal*. É preciso ter em mente que as sociedades que não conseguem se recuperar devem falir para não prejudicar o bom funcionamento do mercado. Se este é o seu objetivo, então é preciso saber quando se pode e quem pode requerer a falência do empresário.

O art. 97 da Lei 11.101 prevê que o pedido de falência pode ser feito ou pelo credor ou pelo próprio devedor. Esta, também chamada de autofalência, é medida direcionada ao devedor, aos diretores ou administradores, ao cônjuge sobrevivente ou inventariante ou ao seu representante legal devidamente autorizado pelos sócios que, ao analisarem o negócio, verificam conjuntura incompatível para persistir com a atividade (art. 97 da LREF). Já aquela é direcionada aos credores da sociedade, sejam civis ou empresários, que tenham por fundamento o art. 94 da LRE¹⁵.

¹⁰ Vide FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu. Aspectos atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 09.

¹¹ Coelho define a falência como sendo o processo judicial de execução concursal do patrimônio do devedor empresário, que normalmente, é uma pessoa jurídica revestida da forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada ou anônima (COELHO, F. U. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 280).

¹² Vide FAZZIO, W. Jr. *Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2006, p. 100.

¹³ VALVERDE, T. M. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1. p. 14.

¹⁴ REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 47.

¹⁵ Vide, BRASIL. Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005. Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 25 set 2020.

Em outras palavras, pode-se pedir a falência do devedor que incorra em uma das três previsões normativas, quais sejam: impontualidade, reconhecida pela ausência injustificada de pagamento de obrigação líquida protestada cuja soma ultrapasse quarenta salários mínimos (inciso I do art. 94 da Lei); execução frustrada (inciso II do art. 94 da Lei); ou a prática de um dos atos dispostos no inciso III do art. 94 da Lei, chamados atos de falência.

As situações supramencionadas são distintas e, portanto, inconfundíveis. Para a impontualidade do inciso I do art. 94 é preciso que o título some mais de quarenta salários mínimos e esteja protestado para fins falimentares. O inciso II do art. 94 o devedor é chamado para pagar sua dívida e não o faz no prazo legal por nenhum dos meios autorizados, ou seja, o devedor não paga, não deposita nem nomeia bens à penhora no prazo legal. Diferente do inciso I, a prova da insolvência da execução frustrada é a certidão expedida pelo respectivo juízo (§4º do art. 94) em que conste a ausência da liquidação do débito junto ao credor.

Os critérios adotados no inciso III do art. 94 também divergem dos da impontualidade ou do inadimplemento das obrigações. Esse inciso diz respeito a “prática de determinados atos, os quais, por poderem esvaziar o patrimônio do devedor, representam efetiva ameaça à esfera jurídica dos credores, a qual deve ser objeto de apreciação legal”¹⁶.

Chamados de atos de falência, o Art. 94 III elenca: a) liquidação precipitada do ativo ou do emprego ruinoso ou fraudulento para realizar pagamentos; b) ânimo de prejudicar credores; c) transferência do estabelecimento sem o consentimento de todos os credores, sem que se deixe bens para saldar as dívidas; d) simulação da transferência de seu principal estabelecimento; e) criação ou reforço de garantia dada a dívida contraída anteriormente, tornando insuficiente o patrimônio; f) ausência de representante habilitado com recursos ativos; g) descumprimento das obrigações assumidas no plano de recuperação judicial.

Veja que a norma não diferencia, ou qualifica, o credor. Então, ao se analisar o art. 97 juntamente com o art. 94, seria possível afirmar que o fisco estaria abarcado e, portanto, teria legitimidade para requerer a falência? Em outras palavras: se a Lei

¹⁶ FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu. Aspectos atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 94.

11.101/2005 alterou a redação do antigo artigo 9º do Dec. Lei para fazer constar no art. 97 IV que “qualquer credor” pode requerer a falência do devedor, então seria objetivo do legislador conceder legitimidade ativa ao fisco?

Este é o ponto que precisa ser claramente discutido. Para Armando¹⁷ e Comparato¹⁸, o fisco poderia requerer a falência sim! Os doutrinadores, valendo-se de interpretação literal da norma, defendem que se o legislador não restringiu o alcance da legitimidade é porque não o queria fazer. De modo que, assim, o fez com o objetivo de afastar a dúvida do art. 9º do Dec. Lei 7.661/45.

Em contraposição, Requião¹⁹ já estranhava na década de setenta o interesse da Fazenda Pública para requerer a falência do devedor por tributos. Defendia o autor que se, “segundo o Código Tributário Nacional, os créditos fiscais não estão sujeitos ao processo concursal e a declaração da falência não obsta o ajuizamento do executivo fiscal (art.187 do CTN)”²⁰, então a legitimidade ativa do fisco estaria afastada.

Acredita que “à Fazenda Pública falece de legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência de seu devedor”²¹. E conclui: “a ação pretendida pela Fazenda Pública tem, isso sim, nítido sentido de coação moral, dadas as repercussões que um pedido de falência tem em relação às empresas solventes”²². Isso, porque o crédito fiscal não está abrangido no processo falimentar, conforme artigo 5º, 29 e 31 da LEF.

Por não haver sujeição ao juízo falimentar e, até mesmo, suspensão da execução o crédito fiscal continua mantendo certos privilégios com relação dos demais. É preciso ter em mente que, na falência, a execução fiscal não é sobrestada. O procedimento especial conferido aos créditos fiscais continua com seu curso natural, tanto que a competência originária permanece no juízo fiscal.

¹⁷ ARMANDO, J. N. Falência de Contribuinte Promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 15 e ss.

¹⁸ COMPARATO, F. K. Falência - Legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 29 e ss.

¹⁹ REQUIÃO, R. *Curso de Direito Falimentar*. 13. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 94.

²⁰ Ob. Cit. REQUIÃO, p. 94

²¹ Ob. Cit. REQUIÃO, p. 94

²² Ob. Cit. REQUIÃO, p. 95

Quando a empresa passa pelo processo liquidatório o crédito fiscal, todavia, precisa atender as especificações do procedimento falimentar. Não se pode perder de vista que há ordem de pagamento prevista no art. 83 da Lei 11.101/2005. Lembre-se que a falência envolve múltiplos agentes e que ultrapassar a ordem de pagamento não seria razoável.

A falência busca otimizar os recursos sociais e equacionar o maior número de créditos possíveis. Com isso, o instituto atende sua finalidade, qual seja: dar aos credores a maior probabilidade de receber os créditos, principal e juros²³, além de cumprir com seu interesse social²⁴. Os créditos tributários, assim, apenas não preferem aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nem aos créditos trabalhistas ou equiparados ou, ainda, com garantia real, no limite do valor do bem gravado.

Mesmo não sendo a melhor das opções, afinal se está em procedimento de liquidação empresarial, ainda ocupam a quarta posição na ordem de pagamento mantendo todos os benefícios do rito da execução fiscal! Ora, estranho é ver que o fisco deseja fazer *jus* à medida destinada aos credores civis quando manteve todos os outros privilégios à sua disposição. Com base neste argumento, o STJ no REsp 363206-MG firmou posicionamento contra a possibilidade de o fisco dispor de legitimidade ativa para requerer falência.

Embora tenha o STJ firmado entendimento sobre a ausência de legitimidade do Fisco para requerer falência, na Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 a primeira Câmara Reservada de Direito Empresarial, por maioria dos votos, deu provimento a irresignação da União Federal. Acompanharam o Des. Relator Alexandre Lazzarini, os Desembargadores Azuma Nishi, Pereira Calças e Cesar Ciamplini. Declarou-se voto vencido o 3º juiz, desembargador Fortes Barbosa, e voto convergente o 4º juiz, desembargador Pereira Calças. De modo que se anulou a sentença e determinou-se o regular processamento do pedido de falência.

²³ No mesmo sentido STANGHELLINI, L. *La crisi di impresa fra diritto ed economica* – Le procedure di insolvenza. Bologna: Il Mulino, 2007, p.09.

²⁴ Visão diferente é a de Fazzio Jr (2006, p. 195).

3 ANÁLISE DA APELAÇÃO Nº 1001975-61.2019.8.26.0491 DO TJ/SP

Aos 06 de setembro de 2019 a Fazenda Pública Federal requereu a falência de Derco Comércio e Representação de Produtos Alimentícios Ltda por não ter realizado a cobrança das dívidas tributárias, pelas vias ordinárias, como prevista na Lei nº 6.830/80. Aponta que na fase de execução, a apelada não pagou nem nomeou bens a penhora. De forma que seu crédito ultrapassa a R\$ 22.000.000,00, muito superior à capacidade econômica da requerida.

A Fazenda Pública defendeu que, diante da impossibilidade de satisfação do seu crédito, restou comprovado que a devedora teria incorrido no art. 94 II da Lei de Falência. Motivo pelo qual se viu obrigada a requerer a falência da devedora. A pretensão da autora, todavia, não foi conhecida. O juiz *o quo* entendeu que não havia interesse processual e que o Estado dispunha de outros instrumentos processuais específicos de cobrança, menos danosos à função social da empresa.

Diante do indeferimento da pretensão autoral, a Fazenda Pública recorreu da decisão. Em sede de apelação, a credora ponderou que a Lei nº 11.101, diferente do Decreto-Lei nº 7.661/45, estabelece que "qualquer credor" pode formular o pedido de falência. Logo, sendo a Fazenda credora, nada mais justo do que poder requerer a falência do devedor com base na execução frustrada.

Afirmou saber que o pedido de falência é *ultima ratio* e ressaltou não estar se valendo do instituto como mero instrumento de cobrança. Pelo contrário, acredita que se o Fisco Federal puder requerer a falência do devedor, então seria possível corrigir o mercado e retirar do tráfego jurídico agentes econômicos que não suportam mais o passivo acumulado. Assim, o Judiciário não justificaria "planejamento tributário odioso, com o não recolhimento deliberado de tributos, condutas estas que afrontam diretamente a livre concorrência, gerando ineficiência do sistema tributário como um todo, estimulando a sonegação e o calote de créditos públicos".²⁵

Por fim, destacou que não há incompatibilidade entre o procedimento da execução fiscal e o processo falimentar. De modo que negar à Fazenda Pública o

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020.

pedido de falência: a) viola a isonomia entre os credores; b) que a Fazenda está sujeita materialmente a um concurso de credores; c) que há o interesse público geral de fazer cessar as atividades de empresa insolvente sem possibilidade de recuperação, inaugurando o par *conditio creditorium*; e d) que, portanto, tem legitimidade ativa e interesse para o pedido de falência.

Já o Des. Alexandre Lazzarini fundamentou sua decisão na possibilidade de o credor fiscal ter sua execução frustrada, ou seja, nos termos do art. 94, II da LRF. Textualmente, afastou a possibilidade de o pedido ter como fundamento o inciso I do mesmo artigo. Acredita o Desembargador que se a Fazenda Pública utilizou de todos os meios possível para satisfação do seu crédito, mas não logrou êxito, então autorizado está a requerer a falência do devedor²⁶.

Apontou que a LRF se vale, no inciso IV do art. 97, do termo “qualquer credor” com o intuito de ampliar o rol de legitimados, diferentemente do que ocorria durante a vigência do Decreto-Lei nº 7.661/45. Fundamentou também na existência de sujeição ao concurso. Lembrou que há duas modalidades de concurso no procedimento falimentar: o formal e o material. Definiu, com base nos ensinamentos de João Pedro Scalzilli, Luis Felipe Spinelli e Rodrigo Tellechea, que este diz respeito à ordem pagamento, ao qual o crédito fiscal está abrangido, já aquele trata do procedimento.

Assim, para o Des. Relator embora o fisco não esteja sujeito ao concurso formal, está ao material. De modo que não se está afasta a legitimidade da Fazenda. Lazzarini ainda fez remissão ao Dec. Lei 7.661/45 ao lembrar que nesta norma o crédito fiscal era considerado extraconcursal.

Ressaltou também que, por se tratar de norma pública, o devedor tem meios para obstar a falência, bastaria pagar o débito, efetuar pedido de recuperação judicial ou aderir a eventual parcelamento dos débitos fiscais. Se não o fez e a finalidade da falência é preservar as atividades com função social e liquidar aquelas inviáveis de continuar a empresa, então justo seria que a falência fosse decretada.

O desembargador ainda estabeleceu íntima relação entre o princípio da função social e o da proteção do interesse da economia nacional. Acredita que ausência do

²⁶ BRASIL. Tribuna de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491*. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020. p. 125.

pagamento do tributo, produz ambiente de desleal de concorrência na medida em que aquele que não paga estaria obtendo vantagem indevida frente aos demais. Assim, o pedido falimentar, nesses casos, repreenderia os agentes econômicos nocivos ao mercado e à livre concorrência.²⁷

Veja que os argumentos trazidos pelo Des. Relator, em maior ou menor grau, não se alteram. Todos os fundamentos da decisão são debatidos desde a década de setenta, de modo que não houve alegação nova que embasasse ou justificasse a tentativa de mudança de paradigma. Assim, é estranho perceber que a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial tenha decidido de forma diversa.

CONCLUSÃO

Quando se observa a execução fiscal é possível perceber que o Estado concedeu especial forma de cobrança de crédito à Fazenda Pública. Fez isso, com o intuito de garantir que o pagamento da tributo tivesse prioridade frente aos demais créditos. De modo que se concedeu ao fisco tanto privilégios quanto garantias pouco vistos no ordenamento jurídico brasileiro.

O CTN em decorrência da primazia do interesse público, por conta da natureza e das características do tributo em exigência destina meios assecuratórios para o ideal cumprimento das obrigações tributárias pelos contribuintes. Diferente da cobrança civil, a execução fiscal é procedimento especial de cobrança judicial de dívidas fiscais, ou seja, créditos, quer sejam tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa. Este tem por fim a manutenção da ordem econômica e o custeio da ordem social.

O problema repousa quando o fisco, mesmo diante das garantias e privilégios concedidos por lei, não consegue realizar a cobrança do seu crédito. A irresignação do fisco encontrou amparo na jurisprudência, especialmente no julgamento da Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491 do TJ/SP. A fazenda, diante da execução frustrada viu no pedido de decretação de falência manobra hábil para fazer com que o devedor pagasse os valores devidos.

²⁷ Ob. Cit. BRASIL, p. 128 -129.

Embora haja quem defenda a possibilidade de o fisco ter legitimidade ativa para requerer a falência do seu devedor, não se pode concordar com tal feito. Ora, não se pode esquecer que a Fazenda Pública não se submete ao procedimento concursal formal. Assim, se de um lado os privilégios e garantias previsto pelo CTN e pela Lei de Execução Fiscal não são sinônimos de satisfação do crédito, do outro não se pode esquecer que a falência há é atores que não desfrutam das mesmas "armas" que a Fazenda.

. Assim, os privilégios fiscais cedem à ordem de pagamento de credores prevista pela LRF, ou seja, não preferem aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nem aos créditos trabalhistas ou equiparados ou, ainda, com garantia real, no limite do valor do bem gravado. Isso porque a falência é procedimento concursal que envolve múltiplos interesses. Deste modo, a Fazenda Pública é apenas a quarta a receber quando da liquidação dos bens da falida, ou seja, a cobrança do crédito é feita de forma especial, mas o recebimento dos valores só acontece na forma prevista pelo art. 83 da Lei 11.101/2005.

Este fato trouxe irresignação ao fisco que, amparada pela interpretação literal e histórica fundamental o possibilidade de requerer falência do devedor diante da execução frustrada. Alegou a Fazenda que a Lei legitima qualquer credor a solicitar a falência do seu devedor, desde que nos moldes do art. 94. O fundamento foi acolhido pela 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial da Comarca de São Paulo que autorizou o prosseguimento do feito falimentar.

No que pese a fundamentação realizada pelo Desembargador Relator, acredita-se que a pretensão não deveria ter sido acolhida. Estranho é perceber que a Fazenda além de não se submeter ao concurso fiscal e de ter todas as benesses da execução fiscal ainda tenta se valer do procedimento falimentar para coagir o devedor a pagar. Isso pode ser corroborado do próprio fundamento utilizado pelo Des. Relator.

Aponta o Des. Lazzarini que, por ser norma de ordem pública, a falência pode ser revertida mediante depósito elisivo, uma das formas de defesa do devedor na falência. Em outras palavras, basta que o devedor realize o pagamento do débito fiscal. Acredita-se, assim, que o fim último não é o saneamento da empresa, mas

sim, o pagamento da dívida, de modo a Fazenda Pública carece de legítimo interesse econômico, processual e moral para requerer a falência.

REFERÊNCIAS

ARMANDO, J. N. Falência de Contribuinte Promovida pelo Fisco, Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n. 20, out./dez. 1995, pp. 15 e ss.

BRASIL. *Lei de Execução Fiscal*. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. *Lei que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária*. 2005. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em 25 set 2020.

BRASIL. *Código de Processo Civil de 2015*. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 set. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1001975-61.2019.8.26.0491*. Disponível em <https://esaj.tjsp.jus.br>. Acesso em 25 set. 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falência e de Recuperação de empresas*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, F. K. Falência - Legitimidade da Fazenda Pública para requerê-la. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral da Fazenda Estadual*. Minas Gerais, n.º 20, out./dez. 1995, pp. 29 e ss

FAZZIO, Waldo Jr. *Nova Lei de falência e recuperação de empresas*. 3. ed. Revista e Atualizada. São Paulo: Atlas, 2006.

FRANCO, V. H. de M.; STAZJN, R. *Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu*. Aspectos atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACHADO, H de B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDONÇA, J. X. C. de. *Tratado de direito comercial brasileiro*. v. VII, Parte I, n. 89. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 157.

ODMIR, B.M.Â. F. *Série Soluções Jurídicas - Execução Fiscal*. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2018. ISBN: 9788597016499. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016499/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

REQUIÃO, R. *Curso de direito falimentar*. 14. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.

SALVO, V.S. D. *Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações e Responsabilidade Civil*, 17. ed. São Paulo: Grupo GEN, 2016. ISBN: 9788597009743. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009743/>. Acesso em: 25 Sep 2020.

STANGHELLINI, L. *La crisi di impresa fra diritto ed economica – Le procedure di insolvenza*. Bologna: Il Mulino, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. *Lei de Execução Fiscal*. 13a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

VALVERDE, T. M. *Comentários à lei de falências*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. 1. p. 14.

PARTE IX
DIREITOS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS E EFETIVIDADE DAS TÉCNICAS
JUDICIÁRIAS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

24. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

RESTORATIVE JUSTICE AS A NEW MODEL OF CRIMINAL JUSTICE IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-24>

Andréa Arruda Vaz¹

Cibele Pavanatto Mereth²

RESUMO

O presente artigo assenta-se no questionamento quanto à eficácia dos métodos punitivos do Direito Penal. Diante disso, observa-se uma possível crise existente no sistema penal brasileiro devido à reincidência criminal decorrente dessa ineficiência. A sociedade contemporânea enfrenta mudanças e evolui constantemente. Logo, é indispensável lembrar, que os Institutos que permeiam no âmbito do Ordenamento Jurídico também passem por transformações, como ocorreu com o Direito Penal. Dessa forma, a Justiça Restaurativa aparece como

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pelo Centro Universitário do Brasil – UniBrasil, Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2013. Pós-graduação em Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro em 2009, Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro em 2010. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná em 2012. Especialista em Educação e metodologias de ensino pela Facear Araucária em 2015. Graduada em Direito pela Faculdade Dom Bosco em 2008. Professora Universitária em diversas instituições de ensino na graduação e pós-graduação. Diretora da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR - subseção Araucária - gestão 2016-2018; Professora convidada na pós-graduação, nos cursos de Gestão Administrativa e financeira e Gestão de Recursos Humanos no Centro Universitário UNINTER. Professora convidada na pós-graduação em Direitos Humanos na PUC/PR. Professora no curso de Direito, nas disciplinas de Direito Constitucional e História do Direito no centro universitário UniFaesp. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo, direito constitucional e direito penal. Autora de diversos artigos (em revistas nacionais e internacionais), capítulos de livros e do livro: *Direito Fundamental a Liberdade sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos*. Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. Conselheira da OAB/Pr, Subseção Araucária - Gestão 2019-2021. Diretora da Comissão de Educação Jurídica na OAB/Pr, Subseção Araucária - gestão 2019-2021, Diretora da ESA na OAB/Pr, Subseção Araucária - gestão 2019-2021.

² Especialista em Direito Público pela Fempar (Fundação escola do Ministério Público) 2018-2019; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Unicuritiba 2019-2020. Especialista em Direito empresarial pela Faculdade Legale 2019-2020. Advogada. Graduação pela Faculdade Dom Bosco 2013-2018.

uma esperança de renovação para vítima e ofensor, os protagonistas desse instituto. Este, que nasceu em meados da década de 70, a partir de práticas aborígenes no Canadá, estendendo-se para países da Europa e América, vem sendo aplicado no Brasil há, aproximadamente, dez anos. Tal prática tem fundamentação na Resolução 2002/2012 da ONU, que embasou a Resolução 225/16 aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça em maio de 2016. Assim, cabe ressaltar que esse método já vem sendo utilizado em diversos países e Estados brasileiros, por conseguinte se demonstrará a necessidade da aplicação desse novo Instituto, tratando de suas vantagens e benefícios como instrumento de pacificação social. Palavras-chave: Direito Penal; reparação do dano; método alternativo; Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

This article is based on the questioning as to the effectiveness of the punitive methods of Criminal Law. Before this, a possible crisis exists in the Brazilian penal system due to the criminal recurrence as a result of this inefficiency. Contemporary society faces changes and evolves constantly. Therefore, it is essential to remember that the Institutes that permeate within the scope of the Legal System also undergo transformations, as occurred with Criminal Law. Consequently, Restorative Justice appears as a hope of renewal for the victim and the offender, the protagonists of this institute. This, which was born in the mid-70s, from aboriginal practices in Canada, extending to countries in Europe and America, has been applied in Brazil for approximately ten years. This practice is based on UN Resolution 2002/2012, which was the basis for Resolution 225/16 approved by the National Council of Justice in May 2016. Thus, it should be noted that this method has already been used in several countries and Brazilian states, to demonstrate the need for application of this new Institute, dealing with its advantages and benefits as an instrument of social pacification.

Keywords: Criminal Law; repair of damage; alternative method; Restorative Justice.

BREVE CONSTRUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITUAL DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Não há como tratar de um Instituto no âmbito criminal, sem se fazer uma breve análise na história da criminologia. Achutti³ afirma que não há um momento certo para o seu surgimento. Logo, faz-se importante enfatizar os períodos de mudanças enfrentadas pelo Direito Penal desde o Código de Hamurabi, que tinha por objetivo a punição de “funcionários corruptos”, ou seja, que compreendiam os escravos da época. O mesmo foi criado por volta de 1900 a.c tendo como base a Lei

³ ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. Porto Alegre: Saraiva, 2012., 34-47.

de Talião, sob a premissa do “olho por olho, dente por dente”, composto por 280 artigos.

Rememora-se, que, por volta do século XIII, ocorreram grandes mudanças quanto às formas aplicadas para a busca da verdade, deixando o modelo inquisitorial para trás, pois, conforme os ensinamentos de Foucault⁴, a inquisição já era uma forma do rei controlar o que acontecia entre a vítima e o ofensor, reprimindo as chances de se buscar uma possível conciliação. Assim, vítima e ofensor não tinham papel na resolução do conflito, pois não havia interesse em se buscar o entendimento do ato, tão somente a punição.⁵

Diante desses acontecimentos, se passou a buscar uma forma de solução para os conflitos, diferentemente do modelo tradicional (Estado-ofensor). No entanto, os primeiros trabalhos realizados consoante os preceitos da Justiça Restaurativa, o americano John Braithwaite⁶ menciona que os primeiros indícios da aplicação da Justiça Restaurativa ocorreram no Ocidente, com a implementação da conciliação entre a vítima e ofensor. Assim, dando origem a diversos movimentos restaurativos pelo mundo.

Nesse sentido, Zehr⁷ ensina que os primeiros resquícios da Justiça Restaurativa surgiram na década de 1970, podendo ser observados na região das Comunidades Menonitas, América do Norte, estendendo-se para países como o Canadá, Estados Unidos e Índia. E, como lembra Sica, a partir desse ano, houveram várias mudanças, balançado o arcabouço da justiça tradicional:

Em síntese, a partir dos anos 70, vários fatores puseram em xeque a justiça tradicional: (i) fortes movimentos entre advogados e acadêmicos para proteger os direitos dos condenados, restringir o uso da prisão e aperfeiçoar as condições dentro das instituições, tudo isso impulsionado por uma nova compreensão do comportamento criminoso e sua ligação com o ambiente

⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as Formas Jurídicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001. p. 70.

⁵ Faz-se necessário expressar, que os dois primeiros parágrafos não buscam esgotar o assunto que trata da história da criminologia, mas, tão somente elencar os principais tópicos citados pela Doutrina analisada.

⁶ BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and a Better Future**. Dalhousie Review, v. 76, n. 1, 1996. p. 60.

⁷ ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **Restorative Justice**. Uni Graphics, USA. 1992. p. 34.

social; (ii) as crescentes taxas de criminalidade nas zonas urbanas; e (iii) a organização de grupos de apoio às vítimas (que também permitiam um reforço da política de “lei e ordem”), assim como a pesquisa criminológica também se voltou para a figura da vítima (vitimologia).⁸

Sica afirma que em 1974 ocorreu a primeira mediação vítima-ofensor no Canadá, quando dois acusados de vandalismo decidiram restituir suas vítimas. Assim, no ano de 1989, o governo dos Estados Unidos decidiu utilizá-lo para resolver conflitos gerados por adolescentes, obtendo resultados satisfatórios. Logo mais adiante, na década de 90, houve grande expansão de sua utilização, principalmente, na África do Sul. Com a efetividade da Resolução nº 2002/12 da ONU, criada pelo Conselho Econômico e Social, tal Instituto ficou conhecido por incentivar a pacificação social. Diante desse cenário e em virtude da perda da força pública no gerenciamento do bem estar-social, alguns países começaram a buscar métodos que auxiliassem na garantia da paz social. Pode-se citar o Canadá e a Nova Zelândia como grandes protagonistas desse sistema.⁹

No Brasil, com o advento da Constituição de 1988 e por meio da Lei nº 9099/95 dos Juizados Especiais e dos métodos extrajudiciais de resolução de conflito, foi possível, também, a efetivação do modelo restaurativo. Essa Lei ajudou a trazer mais celeridade na solução de conflitos, baseada nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade e economia processual.¹⁰ Ademais, segundo informações do CNJ/2014¹¹, esse Instituto é novo e vem sendo aplicado no Brasil por um período próximo de dez anos.

Tendo maior aplicação nos Estados de São Paulo, no Rio Grande do Sul, no Distrito Federal, Bahia e Maranhão. Também, é importante ressaltar que a aplicação da Justiça Restaurativa ganhou ênfase, no Brasil, na última década, com intuito de solucionar a crise no sistema punitivo, devido ao grande número de crimes

⁸ SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa E Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p, 24-25.

⁹ SICA. *Op. cit.* p, 26-27.

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET, Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários a Constituição do Brasil**. Saraiva/Almedina, 2013. p, 1336.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: O que é e como funciona**. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>. Acesso em: 11/08/2020 às 19:59.

reincidentes e falhas nas justificativas das penas. No Estado de São Paulo, ela vem sendo utilizada em escolas de Ensino Fundamental e Médio, para prevenção de conflitos. No Rio Grande do Sul, vem sendo utilizada para cumprimento das medidas socioeducativas pelos adolescentes. Já o Distrito federal vem inovando e aplica o método para solucionar crimes de baixo e médio teor ofensivo. Bahia e Maranhão estão utilizando o método para crimes com baixo teor ofensivo, se estendendo para outros Estados como o Paraná.

Assim, faz-se necessário a aplicabilidade da Justiça Restaurativa no cenário atual, pois, nas palavras de Sica¹²: *“o panorama político-institucional é de “crises”: crise do modelo tradicional de justiça, entre operadores do direito e comunidade, enfim, crise de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado”*. Logo, faz-se necessária a instituição de novo métodos de resolução de conflitos.

Preliminarmente, cabe enfatizar que o Instituto da Justiça Restaurativa não requer a extinção do sistema punitivo tradicional, mas tão somente complementá-lo. Assim, faz-se necessário programar novos métodos na busca pela solução de conflitos e, para isso, far-se-á uso da Justiça Restaurativa. Zehr, antes de conceituar o tema, desmistifica-o, referenciando o que não é a Justiça Restaurativa. Para ele, esse Instituto não se refere a uma forma de perdão ou reconciliação, pois não deve haver pressão de forma alguma que leve a vítima a perdoar o ofensor, a não ser que ela escolha por isso. Também, não é um Instituto que se destina a tratar, somente, casos de reincidência criminal, pois tem como enfoque principal fazer com que os ofensores assumam sua responsabilidade. E com isso, diminuam o cometimento de ações ofensivas, bem como acentuar que este não é “um” programa modelo, mas sim uma junção de vários programas que o incorporam. Logo, subentende-se que tal Instituto é um caminho para o diálogo¹³: *“restorative justice is not a map but the principles of restorative justice can be seen as a compass pointing a direction. At minimum, restorative justice is an invitation for*

¹² SICA, 2007. p, 20.

¹³ ZEHR, 1992. p, 15.

dialogue and exploration".¹⁴

Ademais, esse método não se destina, somente, a resolver situações que envolvem menores infratores. Logo, também, não é um substituto do sistema penal atual e sim uma forma de auxiliar o sistema judiciário com ênfase na busca pelos direitos humanos. Nessa perspectiva e, ainda, com base nos ensinamentos de Zehr¹⁵, para conceituar a Justiça Restaurativa, deve-se fazer uma junção dos pilares fundamentais. Dentre eles, podem-se citar o dano causado e a necessidade, as obrigações, e a vontade das partes, pois, diferentemente, do sistema penal atual, esse Instituto considera a vítima como foco principal da situação. Assim, esse método é mais do que um novo modelo de justiça, é um modo de vida, uma filosofia, que visa à "cura da vítima". Nas palavras do autor: *"restorative justice is a process to involve, to the extent possible, those who have a stake in a specific offense to collectively identify and address harms, needs and obligations in order to heal and put things as right as possible"*.¹⁶

Contrapondo-se, Slakmon entende que não é possível delinear um conceito específico, pois este se apresenta inacabado. Assim, pode-se reconhecer que tal Instituto é novo e segue em busca de conceituações. Em um conceito mais próximo, pode-se entender que se trata de um método que busca a conciliação entre vítima e ofensor por meio de uma mediação com intuito de curar as feridas, conforme citação a seguir do livro Justiça Restaurativa, coletânea de artigos:

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr

¹⁴ Tradução livre: "A Justiça Restaurativa não é um mapa, mas os princípios da Justiça restaurativa podem ser vistos como uma bússola apontando uma direção. No mínimo, a Justiça Restaurativa é um convite ao diálogo e a exploração".

¹⁵ ZEHR, 1992. p, 23.

¹⁶ Tradução Livre: "A justiça restaurativa é um processo para envolver, na medida do possível, aqueles que têm uma participação em uma ofensa específica, para identificar coletivamente e lidar com danos, necessidades e obrigações para curar e colocar as coisas no modo mais correto possível".

a reintegração social da vítima e do infrator.¹⁷

Coaduna com essa ideia, Walgrave¹⁸, pois afirma que não há um conceito específico e que tal conceito é superado por diversos entendimentos, crenças e opiniões distintas. Assim, trata-se de um paradigma novo, sem conclusões definitivas. Além disso, pode-se entender que se trata de um procedimento mais célere e informal, com o intuito de resgatar tanto a situação psicológica da vítima como a recuperação do ofensor. Também, com ajuda de mediadores e conciliadores, que respeitam a opinião dos protagonistas do evento. Sendo taxada pela Doutrina como uma “luz no fim do túnel”, em meio à crise enfrentada pelo sistema punitivo atual.

Diante de tantos entraves, a ONU, por meio da Resolução nº 2002/12, criada pelo Conselho Econômico de 13 de agosto de 2002, conceituou princípios norteadores para a Justiça Restaurativa. Dessa forma, pode-se entender como um programa restaurativo, com a participação da comunidade envolvida na situação com vistas a uma mediação, visando a um resultado restaurativo, com enfoque da reinserção do ofensor na sociedade por meio de serviços comunitários e reparação do dano.¹⁹

Nessa linha, segundo preceitos da Resolução supracitada, o CNJ lançou uma obra em 2016. A partir desta, pode-se entender que se tem uma aproximação do conceito de Justiça Restaurativa, pois, ainda, não há um conceito padrão. Logo, seria uma forma de solucionar o conflito com a participação de todos os envolvidos inclusive, da sociedade, objetivando, acima de tudo, a reparação do dano e reestruturação do ofensor, auxiliados por um terceiro facilitador.²⁰

Deste modo, focaliza-se, também, a vítima e não somente a punição do ofensor, visando ao ressarcimento moral, material ou psicológico da vítima, com envolvimento da comunidade. Objetiva-se, dessa maneira, a compreensão do dano,

¹⁷ SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto. **Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos**. Rio de Janeiro, PNUD, 2005. p, 20.

¹⁸ WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, Self-interest and responsible Citizenship*, Cullompton. e Portland: Willan Publishing, 2008. p,15.

¹⁹ SLAKMON, *Op. cit.* 2005, p, 23.

²⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa: Horizontes a partir da Resolução 225**. Brasília, 2016. pdf. p, 142.

o motivo, o cerne, a razão pelo cometimento do ato. Dessa maneira, conceitua-se a Justiça Restaurativa como um caminho a seguir para reparar dano, moral e materialmente, conforme o Conselho Nacional da Justiça:

A Justiça Restaurativa pode ser conceituada como a proposição metodológica por intermédio de qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre as vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular²⁰ : I) a adequada responsabilização por atos lesivos; II) a assistência material e moral das vítimas; III) a inclusão dos ofensores na comunidade; IV) o empoderamento das partes; V) a solidariedade; VI) o respeito mutuo entre vítima e ofensor; VII) a humanização nas relações processuais em lides penais; VIII) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.²¹

Ainda o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 225 de 31/05/2016²², traz diretrizes para se chegar ao conceito de Justiça Restaurativa, por meio de premissas básicas. Dentre estas, a utilização de meios alternativos²³ para a resolução de conflitos, buscando a uniformidade de seu conceito, como expressa o artigo 1º desta, vejamos:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Op. Cit.* p, 120.

²² BRASIL. **Resolução 225 de 31 de maio de 2016 – CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_0206201616141_4.pdf>. Acesso em 06/05/2020 às 20:00.

²³ CARAVELLAS, Emctm. Justiça Restaurativa. In Livianu. Rio de Janeiro: Centro Edelsteien de Pesquisa Social, 2009.

Coaduna com essa ideia Jesus ²⁴. Para ele, esse Instituto constitui um "processo colaborativo, pois envolvem os indivíduos afetados diretamente por um crime, chamados de "partes interessadas principais", para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão". Logo, pode-se entender que esse método é uma forma de solucionar o problema de maneira colaborativa, suprimindo as necessidades emocionais das vítimas. E, ao mesmo tempo, fazendo com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos, mediante compromissos concretos.

Zehr ²⁵ manifesta-se favorável a esse entendimento, pois diz que esse processo "deve ser visto com outras lentes". Segundo ele, o crime deve ser enfrentado de outra forma para que haja uma restauração, objetivando reestruturar traumas por meio do diálogo. Logo, pode-se entender que o ofensor deve assumir sua responsabilidade e corrigir o ato ofensivo, enfatizando as necessidades da vítima, diferentemente do sistema punitivo atual. Assim, afirma o autor que a Justiça Restaurativa seria uma forma de corrigir os erros.

Nesse sentido, Morris²⁶ conceitua a Justiça Restaurativa como uma forma de união entre a vítima, o ofensor, e a comunidade. Pois, com ajuda de um facilitador, busca-se como lidar com a ofensa, suas consequências e implicações futuras. Coaduna com essa ideia Giamberardino ²⁷, pois, para ele, a Justiça Restaurativa se define com um conjunto de princípios que norteiam a resolução do conflito, indicando como a sociedade deve reagir diante deste.

Seguindo por essa linha, Van Ness e Johnstone²⁸ criaram três caminhos para conceituar a Justiça Restaurativa: uma junção da concepção do encontro entre os envolvidos; a concepção reparadora do dano causado e a concepção transformadora de como cada parte encara o modo de vida alheio. Assim, diante dos conceitos

²⁴ JESUS, de Damásio. **Justiça Restaurativa no Brasil**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7359/justica-restaurativa-no-brasil>. Acesso em 28/08/2020, as 09:40.

²⁵ Zehr, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. São Paulo: Palas Athena, 2008. p, 14.

²⁶ MORRIS, Alisson. **Critiquing the Critics: a brief response to critics of restorative justice**. the British Journal Of Criminology, v. 42, n.3, 2002. p, 23.

²⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: A Censura para Além da Punição**. 1ª. ed. Florianópolis, Empório do Direito. 2015 p, 153.

²⁸ VAN NESS, Daniel W. **The Meaning Restorative Justice**. Handbook of Restoartive Justice. Cullopton e Portalnd. Willan Publishing, 2007. p, 158.

supracitados pelos autores que vêm tratando desse novo Instituto, ainda tímido, mas de grande vantagem para o sistema punitivo tradicional, cabe conceituar os protagonistas da Justiça Restaurativa.

A FIGURA DA VÍTIMA, DO OFENSOR E A COMUNIDADE

Analisando o crime pela ótica da Justiça Restaurativa, pode-se compreender que este não é, apenas, uma conduta típica antijurídica e culpável. Mas sim um Instituto que serve para identificar as obrigações e danos, resultantes da relação entre vítima e ofensor. Diferentemente do sistema penal atual, que é, exclusivamente, punitivo-retributivo, não contribuindo para a ressocialização e recuperação do ofensor, tampouco para reparação do dano causado a vítima²⁹. Assim, esse Instituto traz dois protagonistas importantes, a vítima e o ofensor, e uma vítima secundária que é a comunidade.

Dessa maneira, a vítima, no âmbito da Justiça Restaurativa, segundo Zehr³⁰, é aquela que sofreu o dano, e está sendo ignorada até então, pelo Direito Penal atual. Nesse instituto, ela participa da resolução do conflito, com objetivo de ter seu dano moral ou material, reparado. Mas, principalmente, de entender o motivo do cometimento de tal ação gerada pelo ofensor, entregando a este a responsabilidade da ação, conforme pode-se entender na citação a seguir:

Victims Of special concern to restorative justice are the needs of crime victims that are not being adequately met by the criminal justice system. Victims often feel ignored, neglected, or even abused by the justice process. This results in part from the legal definition of crime, which does not include victims: crime is defined as against the state, so the state takes the place of the victim. Yet victims often have a number of specific needs from a justice process.³¹

²⁹ ALBAN, Rafaela Cruz. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. <http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal#citacao2>. Acesso em: 11 de junho de 2020, às 19:02.

³⁰ ZEHR, *Op. cit.* 2012. p. 12

³¹ Tradução Livre: "As vítimas de especial preocupação com a justiça restaurativa são as necessidades das vítimas do crime que não estão sendo adequadamente atendidas pelo sistema de justiça criminal. As vítimas muitas vezes se sentem ignoradas, negligenciadas ou até mesmo abusadas pelo processo de justiça. Isso resulta em parte na definição legal de crime, que não inclui

Assim, a vítima passa a ser a protagonista da situação e não mais o Estado. Além disso, ela passa a obter uma situação de conforto, pois deixa de ser negligenciada quanto à solução a respeito do que aconteceu, passando a ter um lugar na busca da resposta e do motivo do ocorrido. Considera-se, então, uma maneira do ofensor assumir sua responsabilidade, dizendo a vítima que ela não tem culpa do dano que sofreu. Sica³² relembra que, por mais que esse Instituto tenha nascido de movimentos pró-vítimas, o direito desta não deve se sobrepor ao do ofensor. Pois, conforme o artigo 1º da Declaração da Costa Rica, citada pelo autor, "o processo restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participarem em conjunto, quando adequado, na busca pela paz social". Logo, é uma maneira de buscar a paz e não de construir mais conflitos, enfatizando o direito de, apenas, uma das partes.

Além disso, o outro protagonista que permeia, no âmbito desse Instituto, é o ofensor, ou infrator, mais precisamente quanto à tradução da obra de Zehr³³, o possível autor delito. Assim, o ofensor é aquele que deve ser responsabilizado pela reparação do dano. Deve ser encorajado a compreender o motivo da sua ação, bem como suas consequências. Tarefa esta, que, talvez, a prisão não faça.

Ademais, Sica³⁴ cita, em sua obra, o termo "accountability", usado de maneira constante nas obras estrangeiras sobre o tema. Este pode ser traduzido de maneira literal, como a responsabilidade ativa do ofensor em assumir o dano causado à vítima na busca pela diminuição deste.

Para mais, a Resolução nº 225 do CNJ, com base nos preceitos das Resoluções nº 2000/14 e nº 2002/12 da ONU, demonstra a importância e a necessidade da participação desses protagonistas na busca pela resolução do conflito e paz social, conforme inciso I e III do artigo 1º:

as vítimas: o crime é definido como contra o Estado, por isso o Estado toma o lugar da vítima. No entanto, as vítimas muitas vezes têm um número de necessidades específicas de um processo de justiça".

³² SICA, *Op. cit.* 2007. p, 13.

³³ ZEHR, 2008. p, 13.

³⁴ SICA, 2007. p, 15.

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.³⁵

Além dos protagonistas, esse Instituto, também, enfatiza a participação da comunidade, aqueles impactados, de forma secundária, pela ação decorrente do delito. Seriam, então, incentivadores do ofensor no cumprimento de suas obrigações. Contudo, para Sica³⁶, esse conceito de comunidade, depende do local. Em alguns locais, seriam as pessoas íntimas da vítima, amigos, familiares, que, de alguma maneira, saberiam a respeito da dimensão e o resultado do dano. E, em outros locais, seriam entidades da sociedade que auxiliariam na solução.

Silva e Paz³⁷ certificam que esse Instituto traz como ditame principal uma junção entre vítima e ofensor, e que, com a participação da comunidade, tem por objetivo trazer uma resposta ao delito. Busca, então, a reconciliação e a segurança, uma maneira diferente de reintegrar tanto a vítima como o ofensor novamente a comunidade, pois, para as autoras, o delito causado pelo ofensor fere a vítima e a comunidade.

Assim, decorrente dessas conceituações, cabe unir os protagonistas que irão participar da MVO (mediação vítima-ofensor). Essa mediação trata-se de uma reunião realizada entre ambos, num local tranquilo e seguro, com auxílio de um mediador, na busca pela solução do conflito. Diante do exposto, cabe explicar as

³⁵ BRASIL. **Resolução 225 de 31 de maio de 2016 – CNJ**. Acesso em 28/05/2020, às 10:17. http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 11 de junho de 2020, às 19h06 min.

³⁶ SICA, *Op. cit.* p, 16.

³⁷ SILVA, Sandra Paz; SILVA, Marcela Paz. **Justiça Restaurativa: Processos Possíveis. Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005. p, 126-127.

bases para que ocorra uma aplicação exitosa desse Instituto.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Diante da insatisfação crescente com a aplicação da justiça criminal tradicional e contemporânea, buscaram-se métodos inovadores e exitosos para resolução dos conflitos. Achutti³⁸ cita diversos idealizadores do tema como Zehr, Umbreit, Van Ness, dentre outros, que se mobilizaram formando um importante movimento social em favor da reforma da justiça criminal. Desse movimento, resultaram diversos programas sociais denominados restaurativos. Dentre esses podem-se citar: direitos dos prisioneiros e alternativas às prisões; resolução de conflitos; programas de reconciliação vítima-ofensor; mediação vítima-ofensor; grupo de defesa dos direitos das vítimas; conferência de grupos familiares e círculos de sentença.

O primeiro deles, *direitos dos prisioneiros e alternativas às prisões*, foi idealizado por acadêmicos de direito que buscavam formas alternativas de sanções que evitassem o uso do cárcere. A segunda, a *resolução de conflitos*, tratou-se de uma reunião realizada com a participação das partes envolvidas e do facilitador, na década de 70. O terceiro, *os programas de reconciliação vítima-ofensor*, objetivava o encontro da vítima e do ofensor após a audiência judicial para tentar uma reconciliação.

O quarto movimento, chamado de *grupo de defesa dos direitos das vítimas*, era um encontro formado pela participação da vítima e do ofensor. Nesse caso outras pessoas, além dos envolvidos, poderiam participar do encontro, em busca dos direitos das vítimas, haja vista que estas não eram incluídas na busca por seus direitos na justiça criminal tradicional. O quinto foi intitulado *conferência de grupos familiares*, pois havia muitos adolescentes envolvidos com práticas criminais, o que constituiu uma forma da família e da sociedade auxiliá-los no processo de reinserção social. E, o último, *círculos de sentença*, tinha por objetivo a resolução do conflito, restauração da ordem, harmonia e a cura dos envolvidos. Todos esses

³⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. Porto Alegre: Saraiva, 2012. p. 55-58.

programas sociais tiveram por objetivo a reparação do dano, que gerou a tendência por movimentos, conduziram a formações teóricas, reflexão ética e pesquisa empírica, que hoje é referida como Justiça Restaurativa".

Logo, resta certo que esse Instituto nasce como uma esperança diante da crise no sistema punitivo atual, que presencia altos índices de criminalidade e reincidência. Assim, faz-se necessário analisar sua evolução histórica conforme tópico adiante exposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do presente artigo, buscou-se apresentar o breve contexto histórico do instituto e necessidade de implementação de novos métodos alternativos de resolução de conflitos, devido à crise do Sistema Penal contemporâneo. Dessa forma, observou-se o nascimento da Justiça Restaurativa, nas Comunidades Menonitas, na América do Norte, em meados da década de 70, estendendo-se para o Canadá e, posteriormente, para outros países, ganhando efetividade após a criação da Resolução nº 2000/12 da ONU.

Também, a fim de entender o conceito desse Instituto, analisaram-se os diversos conceitos instituídos ao tema. Contudo, pode-se observar que, conforme entendimento da Doutrina Majoritária consultada que a Justiça Restaurativa não apresenta conceito fechado, pois, ainda, está em desenvolvimento. Trata-se de um instituto novo que vem disseminando sua aplicação em alguns diversos países e em alguns Estados brasileiros. A partir disso, pode-se entender esse Instituto como um método alternativo de resolução de conflitos, que restaura vidas, pois busca entender a raiz do problema. E, diferentemente do sistema tradicional, este elenca como protagonistas vítima e ofensor, com apoio da comunidade (vítimas secundárias). Assim, a vítima tem a esperança de ver seu dano reparado, uma maneira de reintegrar vítima e ofensor na sociedade novamente.

Ademais, indagou-se a resolução do conflito como objetivo da Justiça Restaurativa, haja vista que esta valoriza o reestabelecimento dos laços rompidos; o respeito entre as partes; o diálogo e a valorização dos sentimentos. Os métodos apresentados, além de benéficos e vantajosos, são baseados na consensualidade,

gerando uma reaproximação entre as partes. Dentre estes, podemos citar como mais utilizados a mediação vítima-ofensor, os círculos de paz e as reuniões ou grupos familiares.

Destarte, observou-se que o presente Instituto respeita os princípios gerais do direito, pois não fere a legalidade, uma vez que não confronta com a lei, nem visa substituir o direito penal. Também faz jus ao princípio da dignidade humana, pois preocupa-se com um tratamento digno para ambas as partes, vítima e ofensor, e igualitário, conforme princípio da isonomia. Também, elencaram-se os princípios específicos basilares para aplicabilidade da Justiça Restaurativa, dentre os mais importantes o diálogo e a reparação do dano causado à vítima.

Destacou-se, igualmente, a fundamentação do presente Instituto, que, apesar de tímido, segue em disseminação, por meio da Resolução nº 2000/12 da ONU. Esta que se estendeu para o Brasil, em 2016, por meio da Resolução nº 225 do Conselho Nacional de Justiça. Além de observar os direitos fundamentais e direitos humanos para sua criação, descreve, minuciosamente, os princípios e pressupostos do Instituto.

Mostrou-se que resta certo o fato de que o modelo retributivo está ultrapassado, pois, para este, o que contraria o direito é passível de excluir a liberdade. Enquanto, no modelo restaurativo, as condutas devem ser analisadas a fim de saber o porquê do ato delituoso, gerando a obrigação de corrigir o erro. Assim, as falhas apresentadas pelo sistema penal são diversas, pois não preza pela recuperação e reinserção social do ofensor, aumentando a taxa de reincidência criminal. Também, deixa a vítima de fora da resolução do conflito, gerando para esta uma sensação de medo e injustiça.

Conclui-se, com o presente trabalho, que a Justiça Restaurativa não busca substituir a Justiça tradicional, mas tão somente complementá-la, visando instituir a vítima como parte na solução do conflito. Pois está é a maior afetada e deve ter seu dano reparado. Também, após análise da aplicabilidade desta, entende-se que a mesma vem sendo aplicada em diversos Estados brasileiros e que sua aplicação é possível e gera benefícios para as partes e para comunidade, estendendo-se à sociedade, uma vez que diminui o trâmite de processos judiciais, desafogando o Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. Porto Alegre: Saraiva, 2012.

ALBAN, Rafaela Cruz. **Justiça Restaurativa: um novo modelo de Justiça Criminal**. <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal#citacao2>>. Acesso em: 28 de maio de 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2015. 9ª ed. p,225.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and a Better Future**. Dalhousie Review, v. 76, n . 1, 1996.

BRASIL. Código Penal. **Decreto lei nº 2.848, de 7 de dezembro 1940**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 29/04/2020.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18/08/2020.

BRASIL.**Lei 9099/95**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 23/04/2020.

BRASIL. **Lei das Contravenções Penais**. Decreto Lei nº 3688 de 3 de outubro de 1941.

BRASIL. **Resolução 225 de 31 de maio de 2016 – CNJ**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 06/05/2020.

CAMPOS, Renato Pinto De Vitto. **Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F; SARLET , Ingo W; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentarios a Constituição do Brasil**. Saraiva/Almedina, 2013.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa**: Horizontes a partir da Resolução 225. Brasília, 2016.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa**: o que é e como funciona. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62272-justica-restaurativa-o-que-e-e-como-funciona>>. Acesso em: 11/08/2020.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa**: A Censura

para Além da Punição. 1ª. ed. Florianópolis, Empório do Direito. 2015 p,153.

MORRIS, Alisson. **Critiquing the Critics**: a brief response to critics of. Restorative justice. The British Journal Of Criminology, v. 42, n.3, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Handbook on Restorative Justice Programmes**. United Nations, New York, 2006.

OXHORN, Philip; Catherine Slakmon. **Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática**. A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005.

PAZ, Silvana Sandra. **Justiça Restaurativa e Processos possíveis**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa E Mediação Penal**. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Sandra Paz; PAZ, Silvia Marcela. **Justiça Restaurativa: Processos Possíveis**. Justiça Restaurativa. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005.

SLAKMON, C., De Vitto, R. e PINTO, Gomes. **Justiça Restaurativa**. Coletânea de Artigos. Rio de Janeiro, PNUD, 2005.

UMBREIT, Mark. **Restorative Justice Dialogue**. An Essencial Guide for Research and Praticice. New York: Springer Publishing Company, 2011.

VAN NESS, Daniel W. **The Meaning Restorative Justice**. Handbook of Restoartive Justice . Cullopton e Portalnd. Willan Publishing, 2007.

WALGRAVE, Lode. **Restorative Justice, Self-interest and responsible Citizenship**,Cullompton. e Portland: Willan Publishing, 2008.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEHR, Howard; GOHAR, Ali. **Restorative Justice**. Uni Graphics, USA. 1992.

25. DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE DAS PARTES: UMA ANÁLISE PARA ALÉM DO DIREITO À PARIDADE DE ARMAS

*FUNDAMENTAL RIGHT TO EQUALITY OF PARTIES: AN ANALYSIS BEYOND THE RIGHT TO
ARMS PARITY*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-25>

Isabelle Almeida Vieira¹

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo, inicialmente, vislumbrar o direito à igualdade como princípio estruturante do Estado Constitucional na condição de Estado Democrático de Direito, buscando analisar a evolução do conceito de igualdade formal para uma dupla dimensão, ao lado da igualdade material. Nesse contexto, insere-se o direito à igualdade das partes no Processo Civil (igualdade processual) que, embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal (CF) como um direito fundamental, deve assim ser considerado, inclusive por estar contemplado expressamente no artigo 14, do Pacto de Direitos Cíveis e Políticos, do qual o Brasil é signatário (artigo 5º, §2º, da CF). Tradicionalmente, a igualdade das partes no processo era compreendida unicamente como o direito à paridade de armas no processo, o que significava conferir tratamento idêntico aos litigantes. No entanto, pretende-se demonstrar que essa concepção de igualdade das partes precisa ser revista e reformulada, devendo ser entendida de forma mais abrangente, objetivando colocá-las em posições processuais equilibradas no acesso ao processo (igualdade ao processo), durante o trâmite do processo (igualdade no processo) e no resultado do processo (igualdade pelo processo).

Palavras-chave: Direito à igualdade. Igualdade das partes. Igualdade ao processo. Igualdade no processo. Igualdade pelo processo.

ABSTRACT

The present essay aims, initially, to demonstrate the right to equality as a structuring principle of the Constitutional State as a Democratic State of Law, seeking to analyze the evolution of the concept of formal equality to a double dimension, alongside material equality. In this context, is inserted the right to equality of parties in the Civil Procedure (procedural equality), which, although it is not express in the Federal

¹ Mestranda em Direito, com bolsa integral do CNPq, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela PUCRS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Graduada em Direito pela PUCRS. E-mail: isabelle.vieira93@edu.pucrs.br.

Constitution as a fundamental right, must be considered in that form, also because it is expressly contemplated in article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights, of which Brazil is a signatory (article 5, paragraph 2, of the Federal Constitution). Traditionally, equality of the parties in the procedure was understood only as the right to parity of arms in the procedure, which meant giving identical treatment to litigants. However, it is intended to demonstrate that this concept of equality of parties needs to be revised and reformulated, which should be understood more comprehensively, aiming to place the parties in balanced procedural positions in access to the procedure (equality to the procedure), during the procedure (equality in the procedure) and in the result of the procedure (equality through the procedure).

Keywords: Right to equality. Equality of parties. Equality to the procedure. Equality in the procedure. Equality through the procedure.

INTRODUÇÃO

A igualdade é compreendida como valor central do direito constitucional contemporâneo, sendo pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado. Seu conteúdo, de caráter inicialmente formal (igualdade perante a lei), passou por uma evolução, tendo em vista a necessidade de se conferir tratamento desigual aos desiguais (igualdade material).

No que toca à igualdade no processo, em que pese a CF de 1988 não tenha feito referência expressa à igualdade das partes no seu texto, a cláusula geral de igualdade, prevista no artigo 5º, *caput*, a qual irradia seus efeitos para todos os ramos do Direito, faz com que seja possível vislumbrar a existência de um direito fundamental à igualdade das partes no processo.

Nesse contexto, necessário se faz referir que a concepção da igualdade no processo também passou por um desenvolvimento, partindo de uma conotação formalista, consistente na garantia da paridade de armas, para uma concepção material, de igualdade de oportunidades e de possibilidades às partes, por meio do exercício do efetivo contraditório como influência.

Ademais, a análise do papel do legislador e do juiz também se mostra fundamental para se possibilitar a efetiva concretização da igualdade processual, a qual se projeta sobre eles. Isso porque a igualdade deve orientar o legislador na edição das leis, bem como deve nortear a condução do processo pelo juiz. Desse modo, serão analisados alguns dispositivos legais que tratam de situações

diferenciadoras elencadas pelo legislador, bem como que permitem uma atuação ativa por parte do juiz para a promoção da igualdade.

Por fim, se procurará demonstrar que, para além de uma igualdade no processo, consistente na efetivação do contraditório pleno como influência, imperiosa a necessidade do respeito à igualdade ao processo (acesso à justiça) e pelo processo (uniformidade do direito), considerando o redimensionamento do papel da igualdade no processo civil contemporâneo, o qual possui pelo menos três aspectos distintos.

1 CONTEXTUALIZANDO O DIREITO À IGUALDADE

A concepção de justiça, desde o pensamento filosófico da antiguidade clássica, sempre esteve ligada à ideia de igualdade. Para Aristóteles, se o injusto é o desigual, o justo é o igual. Na contemporaneidade, o direito à igualdade também passou a ser entendido como pressuposto básico de toda e qualquer concepção jurídica de Estado,² se manifestando por esse formato a partir dos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade), tendo por significado a superação de um modelo de sociedade calcado em privilégios hereditários e dividido em estamentos, característico do regime absolutista então vigente.

Nesse contexto, a igualdade perante a lei passou, gradualmente, a fazer parte dos catálogos das constituições, além de integrar diversas modernas declarações de direitos. Assim, é correto constatar que a igualdade passou a constituir "valor central para o direito constitucional contemporâneo",³ além de ser considerada como um princípio elementar do direito constitucional vigente.⁴

Em face desse cenário evolutivo acerca da concepção da igualdade, para uma melhor compreensão do tema, necessário se mostra distinguir a igualdade formal da

² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 864.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 614.

⁴ "A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério da diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim)". (ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101).

igualdade material. Tradicionalmente, o conceito de igualdade se caracterizava pela igualdade perante a lei, o que significava dizer que a aplicação da lei se daria de forma indistinta em relação aos indivíduos, sem estabelecer entre eles qualquer diferenciação, ficando vedadas as discriminações e os privilégios. A concepção formal de igualdade tinha por máxima “tratar os iguais e os desiguais de forma sempre igual”.

Todavia, considerando que existem desigualdades de naturezas diversas entre os indivíduos, a absoluta igualdade jurídica não se mostrou suficiente para eliminar essas desigualdades naturais e inerentes à condição humana. Desse modo, a referida concepção precisou ser repensada para dar adequado tratamento ao tema. Surge, assim, a necessidade de se considerar a igualdade em um duplo sentido (tanto de ordem formal, quanto de ordem material).

A igualdade material impõe um tratamento desigual aos desiguais, para que, supridas suas diferenças, efetivamente se atinja a igualdade.⁵ A ideia de igualdade real não é a de igualdade matemática ou paritária, mas, sim, de uma igualdade proporcional, que tenta “balancear a desigualdade natural, compensando o jogo das inferioridades e superioridades de modo que elas não favoreçam também uma desigual proteção jurídica”.⁶ Observa-se que a igualdade material se caracteriza como um instrumento de realização da justiça social e de mitigação das disparidades existentes na sociedade, o qual proporciona verdadeira inclusão social.⁷ Assim, a máxima que melhor define o conceito de igualdade material é “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”.

Na CF de 1988, a igualdade vem prevista no preâmbulo, bem como no art. 5º, *caput*, o qual dispõe que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. Frisa-se que o aludido dispositivo está contido no rol de direitos e garantias fundamentais, sendo considerado, portanto, direito fundamental, o que

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 62-63.

⁶ SAN TIAGO DANTAS, F. C. “Igualdade perante a lei e *due process of law*”. In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de Direito Positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43.

⁷ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 133.

implica dizer que possui regime jurídico diferenciado. Ademais, destaca-se que a referida carta constitucional, a qual foi a primeira a ser promulgada no Brasil sob a égide de um Estado Democrático de Direito, avançou de forma significativa no que toca ao tratamento do direito à igualdade, na medida em que, para além de prever a igualdade perante a lei como um direito fundamental (artigo 5º, *caput*), estabeleceu diversas disposições determinando a prática de tratamento igualitário.

Observa-se, assim, que o constitucionalismo brasileiro também obedeceu a essa lógica evolutiva a respeito de uma concepção meramente formal para uma concepção também material do direito à igualdade, considerando ser a proteção da igualdade um dos pilares de sustentação da democracia.

2 A IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL

De posse desses conceitos, parte-se para a análise da igualdade no Direito Processual Civil, a chamada “igualdade das partes”. Em que pese a CF não tenha feito referência expressa acerca da existência de um direito fundamental à igualdade processual, é certo que o artigo 5º, *caput*, trata de uma cláusula geral de igualdade, a qual irradia seus efeitos para todos os ramos do Direito. Ademais, também há a necessidade de o sistema processual civil ser disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na CF (art. 1º, do CPC). Não obstante, mesmo que não fosse possível se extrair da CF essa noção de igualdade das partes no processo, é certo que ela vem contemplada pelo artigo 14, do Pacto de Direitos Civis e Políticos, o qual está em vigor no Brasil.

O direito à igualdade das partes compõe o direito ao processo justo.⁸ Nesse sentido, é compreendido como um verdadeiro direito fundamental, o qual “decorre naturalmente da ideia de Estado Constitucional e do direito fundamental à igualdade perante a ordem jurídica como um todo”.⁹ Em razão disso é que o CPC de 2015 disciplinou expressamente o direito à igualdade no processo civil como uma de suas normas fundamentais no artigo 7º, o qual será analisado mais adiante.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 864.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 864.

No processo civil, imperioso referir que o direito à igualdade também passou por uma evolução, partindo de uma concepção formal para uma concepção material. Tradicionalmente, a igualdade processual era verificada na chamada “garantia da paridade de armas”, a qual consistia em conferir às partes os mesmos instrumentos para se manifestarem no processo. Contudo, em face do caráter instrumental do direito processual, essa concepção também precisou ser reinterpretada.

Assim, a igualdade processual ganhou novos contornos, considerando que a simples paridade de armas (tratamento idêntico aos litigantes) não seria suficiente para conferir a almejada igualdade material no processo. O direito à igualdade processual, então, precisou passar a ser entendido como um direito à igualdade de oportunidades e de possibilidades às partes.¹⁰

Nesse sentido, Rafael Abreu leciona que:

Ocorre que o caráter relacional da igualdade, conjugado com a necessidade de tratamento desigual a situações desiguais, impõe também ao processo uma releitura da igualdade perante a lei: os litigantes necessitam de igualdade de possibilidades, que, consubstanciada no caráter dialético do processo, significa a exigência de uma intervenção equilibrada de ambas as partes, com relação a determinadas posições em concreto (direitos, deveres, ônus e faculdades).¹¹

Dessa feita, para se conferir tratamento desigual para situações desiguais, mostra-se necessário que os litigantes atuem por meio de uma igualdade de possibilidades ou chances, a qual deve ser compreendida como uma intervenção equilibrada das partes. A peça fundamental passa a ser o equilíbrio, que deve ser analisado de acordo com o caso concreto que está sendo analisado.

A igualdade de possibilidades deve ser vislumbrada por meio do desempenho

¹⁰ No que toca ao tema: “En el desarrollo de la actividad procesal, la tónica de nuestra problemática recae sobre la igualdad de oportunidades. Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones”. (MOREIRA, José Carlos Barbosa. “La igualdad de las partes en el proceso civil”. **Revista de Processo**, v. 44, p. 176-185, out./dez. 1986, p. 177).

¹¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. “A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 318-319.

pleno do contraditório, o qual deve ser entendido como o direito que as partes têm de, não apenas se manifestar, mas de efetivamente influenciar o convencimento do juiz e a decisão final. Assim, a igualdade passa a ser compreendida como oportunidades equilibradas de influência.

Esse raciocínio também é fruto da evolução do tratamento legislativo que a igualdade das partes recebeu no CPC de 2015, quando comparado com o CPC de 1973. O artigo 125, I, do CPC de 1973 previa que "o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento". Por sua vez, o artigo 7º, do CPC de 2015 passou a disciplinar que "é assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório".

Observa-se, assim, um desenvolvimento da ideia de igualdade das partes pelo legislador processual civil de 2015. Agora, para além de assegurar às partes igualdade de tratamento, "o juiz deve velar para que haja equilíbrio em cada contexto situacional específico, com vistas a assegurar a possibilidade de exercício do efetivo contraditório (contraditório como influência)".¹²

3 A IGUALDADE COMO NORTE DE ATUAÇÃO DO LEGISLADOR E DO JUIZ

Tecidas as considerações iniciais a respeito da concepção mais adequada acerca do direito à igualdade das partes, importa referir que o papel do legislador e do juiz é fundamental para possibilitar a sua efetiva concretização, na medida em que a igualdade de oportunidades de que as partes devem dispor se projeta sobre eles. Nessa senda, a igualdade deve orientar o legislador na edição das leis, bem como deve nortear a condução do processo pelo juiz.

No tocante à observância da igualdade pelo legislador, deve-se considerar que se trata de um verdadeiro limitador do Poder Legislativo. De modo geral, as leis devem ser genéricas, abstratas e universais, ou seja, seu comando deve se dirigir a

¹² ABREU, Rafael Sirangelo de. "A igualdade e os negócios processuais". In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 319.

todos os cidadãos,¹³ buscando tratar a todos de igual forma (concepção formal). No entanto, como já referido anteriormente neste estudo, existem situações em que os indivíduos detentores de peculiaridades que os desigalam em relação aos demais necessitarão receber tratamento diferenciado, buscando atingir a igualdade real no processo.

Nesse passo, é certo que precisarão existir normas processuais diferenciadoras, que buscarão equilibrar e adaptar as peculiaridades da parte que detém uma característica diferente em relação às outras. Sob esse prisma, questiona-se acerca dos limites impostos ao legislador para a edição dessas normas diferenciadoras, sem que, com isso, se acabe ferindo a igualdade de tratamento perante a lei.¹⁴

A diferenciação feita pelo legislador deve ser natural, razoável e racional, e não arbitrária, seletiva ou abusiva.¹⁵ Devem ser utilizados critérios legítimos,¹⁶ orientados pela ideia de justiça, para a distinção entre pessoas e situações no processo, a fim de justificar a adoção de determinados tratamentos desiguais.

Assim, quando dispositivos legais desigualarem corretamente os desiguais, dando-lhes tratamentos diferenciado, eles serão considerados constitucionais. Por meio desses parâmetros, é possível, então, criar situações de tratamento distintas buscando garantir às partes processuais igual acesso à justiça, aos meios de prova, de defesa e de participação em geral no processo.

Para melhor ilustrar a temática, passa-se a analisar alguns exemplos de situações em que o legislador editou normas diferenciadoras se valendo de critérios

¹³ SAN TIAGO DANTAS, F. C. "Igualdade perante a lei e *due process of law*". In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de Direito Positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

¹⁴ SAN TIAGO DANTAS, F. C. "Igualdade perante a lei e *due process of law*". In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de Direito Positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

¹⁵ A jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha sobre igualdade "tem como fio condutor o seguinte enunciado: "O enunciado da igualdade é violado se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei; em resumo, se a disposição examinada tiver que ser classificada como arbitrária". (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 403).

¹⁶ "Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um reajustamento proporcional de situações desiguais, a lei satisfaz os requisitos da lei justa. Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento desses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao direito [...]". (SAN TIAGO DANTAS, F. C. "Igualdade perante a lei e *due process of law*". In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de Direito Positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 43)

legítimos. No artigo 180, do CPC, estabelece-se a prerrogativa de prazo em dobro para o Ministério Público se manifestar nos autos. A justificativa para essa diferenciação é a imensa carga de serviço que recai sobre o órgão ministerial que, em tese, atua em uma quantidade de processos muito maior do que o advogado do litigante comum, bem como pelo fato de atuar em virtude do interesse público, no sentido de estar representando uma coletividade.¹⁷

Outro exemplo a ser citado é a estipulação do domicílio do alimentando como foro competente para a ação em que se pedem alimentos (artigo 53, II, do CPC), que tem por razão de ser a necessidade de se estabelecerem regras especiais de competência territorial destinadas a beneficiar o vulnerável que, na hipótese, é o alimentando,¹⁸ tendo em vista que, nas ações alimentícias, autor e réu são partes que ostentam posições sabidamente desiguais.

Por outro lado, existem situações previstas em lei que a doutrina entende que o legislador teria extrapolado os limites da justiça e da razoabilidade, estabelecendo hipóteses diferenciadoras que não estariam calcadas em critérios de distinção legítimos, sendo, portanto, arbitrárias, uma vez que desrespeitam a igualdade.

O artigo 968, § 1º, do CPC, dispõe que o depósito da importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, necessário para a propositura da ação rescisória, não se aplica à Fazenda Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Contudo, essa dispensa é ilegítima, na medida em que a previsão do depósito teria por fim resguardar a seriedade na utilização da ação rescisória e a intangibilidade da coisa julgada, não havendo razão para que os entes acima mencionados estivessem imunes a essa exigência, a qual recairia unicamente sobre o particular.¹⁹

Por fim, em que pese haja divergência²⁰ na doutrina quanto a este exemplo, há quem defenda que a previsão da remessa necessária (artigo 496, I, do CPC) não se

¹⁷ NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 101.

¹⁸ STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. Coordenador: FREIRE, Alexandre. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 865-866.

²⁰ NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

justifica à luz da igualdade, sendo, portanto, inconstitucional.²¹ Daniel Roberto Hertel refere inexistir motivo para “não se conferir eficácia à decisão proferida pelo juiz de primeiro grau, na hipótese de ser ela contrária à Fazenda Pública”. Prossegue o autor sustentando que, pensar de modo diverso, implicaria “admitir que todas as ações movidas contra a Fazenda Pública deveriam ser da competência originária dos Tribunais, para o fim de prestigiar o princípio informativo da economia processual”.²²

Feitas essas considerações, é necessário ponderar que nem sempre será possível alcançar a igualdade no processo apenas mediante a edição de leis abstratas. Por mais que o legislador tente diminuir as desigualdades com normas legitimamente diferenciadoras, haverá situações em que somente por meio da análise do caso concreto é que será possível mensurar a desigualdade entre as partes, mostrando-se necessária a atuação por parte do juiz.²³

Sob esse enfoque, no que concerne à observância da igualdade pelo juiz, de um modo geral, isso implica dizer que o processo deve ser conduzido de acordo com o direito à igualdade, na medida em que é seu dever dirigi-lo e velar pela igualdade das partes (artigo 139, I, do CPC). Caso constatado desequilíbrio na relação processual, o magistrado tem o dever de suprir a deficiência por meio de atitudes que visem à compensação dessa distorção, objetivando o restabelecimento do equilíbrio processual, sem o qual não se pode cogitar no atingimento de um resultado justo.²⁴

Do ponto de vista da imparcialidade, em que pese o juiz deva atuar de forma imparcial em relação ao teor do conflito, não deve proceder assim no tocante à relação processual. É inconcebível tolerar a indiferença estatal em relação às

²¹ GRECO, Leonardo. “A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa”. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, 2006, p. 135. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.

²² HERTEL, Daniel Roberto. “Reflexos do princípio da isonomia no direito processual”. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 55, p. 194-211, abr./jun. 2006, p. 201.

²³ SANTOS, Igor Raatz dos. “Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução das desigualdades no processo civil”. **Revista de Processo**, v. 192, p. 47-80, fev. 2011, p. 50.

²⁴ GRECO, Leonardo. “A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa”. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, 2006, p. 127. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.

condições e diferenças das partes.²⁵ Nesse sentido, a imparcialidade do juiz não significa dizer que ele deve agir de forma desinteressada, na medida em que é o responsável por tomar uma decisão correta ao final do processo, sagrando como parte vencedora quem realmente estiver com a razão.²⁶

Dessa banda, constatando a ocorrência de alguma desigualdade entre os litigantes, o juiz não pode adotar postura passiva ou inerte, pois, agindo dessa forma, poderá resultar em desfecho diverso daquele desejado pela relação de direito material. A bem da verdade, ao agir de modo passivo, como mero expectador, diante de uma situação de desequilíbrio processual, o juiz pode acabar atuando com parcialidade.²⁷ Nessa hipótese, sua intervenção se mostra necessária para reequilibrar a situação, de acordo com a imparcialidade que deve nortear a sua atuação.

Para que o juiz consiga promover o equilíbrio entre os litigantes no processo, mostra-se necessária a previsão de regras processuais adequadas para possibilitar o seu agir. Desse modo, para melhor ilustrar a abordagem proposta, passa-se a analisar alguns instrumentos disciplinados pelo CPC de 2015, os quais permitem ao juiz promover o alcance da igualdade das partes na hipótese de ocorrer algum desequilíbrio no curso do processo.

O artigo 139, do CPC, dispõe acerca dos poderes de direção do processo pelo juiz. Dentro desse contexto, pode o juiz dilatar os prazos processuais (artigo 139, VI, do CPC), adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito. Nessa hipótese, é possível o alargamento do prazo processual, para o fim de reequilibrar o contraditório nos casos em que, por exemplo, uma das partes venha a apresentar excessiva quantidade de documentos e o prazo

²⁵ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 138.

²⁶ CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007, p. 341.

²⁷ Sobre o tema: "Em realidade, adotar uma posição neutra muitas vezes revela uma postura parcial do magistrado". (TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 137).

de 15 dias, previsto em lei, para a manifestação a respeito da documentação, se mostrar insuficiente para a outra parte.²⁸

Por derradeiro, é possível que o magistrado limite o litisconsórcio facultativo multitudinário, quando houver o comprometimento da rápida solução do litígio ou dificultar a defesa ou o cumprimento da sentença (artigo 113, § 1º, do CPC).

4 OS TRÊS ASPECTOS DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Concluída a abordagem da igualdade na atuação do legislador e do juiz, volta-se a analisar sua função em relação às partes. Como mencionado anteriormente, a concepção de igualdade das partes passou por uma evolução, passando o seu conceito a ser visto de forma mais abrangente do que a simples "paridade de armas", sendo pressuposto da efetiva participação das partes no processo, além de requisito para a plena realização do direito ao contraditório (como potencialidade de influência).

No entanto, é preciso considerar que, para além de uma igualdade no processo (perante os tribunais), imperioso também que se vislumbre a necessidade do respeito à igualdade ao processo (acesso à justiça) e pelo processo (uniformidade do direito), considerando o redimensionamento do papel da igualdade no processo civil contemporâneo, o qual não possui um único aspecto, mas, pelo menos, três aspectos distintos.²⁹

Compartilhando desse mesmo olhar, Marinoni e Mitidiero lecionam que, embora pareça um paradoxo, "focamos na igualdade no meio, mas não na igualdade no fim, atitude cuja correção lógica pode ser sem dúvida seriamente questionada". Os mesmos autores ainda afirmam que, "só há sentido em nos preocuparmos com a igualdade no processo se nos preocuparmos igualmente com a igualdade pelo

²⁸ "Nesse sentido, o juiz deve, com fundamento no art. 139, VI, do CPC, "dilatir os prazos processuais", reequilibrando o contraditório em casos em que a parte contrária apresenta excessiva quantidade de documentos, sendo insuficiente o prazo legalmente previsto para sobre eles a parte manifestar-se". (STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. Coordenador: FREIRE, Alexandre. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 64).

²⁹ ABREU, Rafael Sirangelo de. "A igualdade e os negócios processuais". In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 321-322.

processo – o meio serve ao fim e ambos devem ser pensados na perspectiva da igualdade”.³⁰

Sob esse enfoque, pode-se afirmar que a igualdade deve ser observada quando os cidadãos desejam ter acesso à justiça, ou seja, em momento ainda anterior à existência de um processo; quando as partes se manifestam já no processo (contraditório como influência); e quando os litigantes sofrem os efeitos da decisão judicial (resultado do processo). É possível vislumbrar, assim, que a paridade de armas no processo é apenas uma das formas pelas quais o direito à igualdade das partes deve se manifestar no processo civil.

No que toca à igualdade ao processo, destaca-se se tratar da necessidade de que as partes estejam em igualdade de condições para postular seus direitos. Assim, imperiosa se mostra a concessão de instrumentos, pelo ordenamento jurídico, para que os litigantes consigam chegar ao processo em posições equilibradas. Nessa hipótese, observa-se que as partes já se encontram em desequilíbrio antes mesmo da existência de um processo, em face de questões de ordem social, econômica, cultural e geográfica.

Destrinchando essa questão, Fernanda Tartuce refere ser possível identificar, como critérios legítimos para aferir a vulnerabilidade processual, a hipossuficiência econômica, a existência de óbices geográficos, problemas de saúde, bem como “a configuração de dificuldades técnicas (por desinformação pessoal quanto a matérias jurídicas e probatórias relevantes) e a incapacidade de organização”.³¹

Pode-se citar como alternativas para mitigar essas diferenças entre as posições das partes que se manifestam já no acesso à justiça, o direito à assistência jurídica integral e gratuita, o tratamento diferenciado em sede de competência territorial em função da situação peculiar da parte envolvida, bem como as ações coletivas, como soluções que buscam garantir o acesso equilibrado ao processo.³²

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 867.

³¹ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 190.

³² ABREU, Rafael Sirangelo de. “A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 322.

No tocante à igualdade no processo (que ocorre durante o trâmite processual e perante os tribunais), a qual se relaciona diretamente com a questão relativa ao contraditório como potencialidade de influência, destaca-se que deve envolver a adoção técnicas processuais adequadas para que as partes consigam atuar de forma equilibrada no processo, bem como a já mencionada atuação positiva do juiz, para o fim de corrigir eventuais desequilíbrios entre as partes.

Por fim, a concepção de igualdade pelo processo deve ser compreendida como a promoção da igualdade diante das decisões judiciais, o que significa dizer que “os resultados produzidos pelo processo devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações, uma vez que a igualdade relaciona-se à exigência de unidade do ordenamento jurídico”.³³ Consiste na necessidade de que casos iguais sejam tratados de forma igual, na medida em que os cidadãos devem receber tratamento uniforme quanto à aplicação do direito.

Considerando que um processo justo só pode ser assim considerado por meio da obtenção de uma decisão justa, bem como que não há como se cogitar falar em justiça sem igualdade na aplicação do direito, mostra-se necessária a existência de técnicas capazes de promover a igualdade de todos perante a ordem jurídica.³⁴

Visando perfectibilizar essa ideia, pode-se citar o tratamento coletivo de interesses individuais (ações coletivas), ritos ou sistemáticas previstos no ordenamento jurídico para a uniformização das decisões (recursos repetitivos e incidente de resolução de demandas repetitivas), bem como o respeito aos precedentes (e a previsão de seus institutos correlatos, como *ratio decidendi*, *obiter dictum*, *distinguishing* e *overruling*).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção tradicional do direito à igualdade, de caráter formal, precisou ser redimensionada também no âmbito do Processo Civil, para o fim de permitir o

³³ ABREU, Rafael Sirangelo de. “A igualdade e os negócios processuais”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 324.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 867.

alcance da igualdade material, consistente em conferir tratamento desigual a quem apresentar alguma desigualdade no processo.

Dessa forma, constatou-se que considerar o direito fundamental à igualdade das partes como simples garantia formal da paridade de armas se mostrou insuficiente para esse intento, levando em conta que a igualdade processual deve ser compreendida como um direito à igualdade de oportunidades e de possibilidades das partes, com vistas a assegurar o exercício do efetivo contraditório (contraditório como influência).

Nesse contexto, também se verificou que o papel do legislador e do juiz é fundamental para a efetiva concretização do direito à igualdade das partes, devendo orientar o legislador na edição das leis, bem como nortear a condução do processo pelo juiz.

No tocante ao legislador, embora, em regra, deva editar normas que se destinem a todos os cidadãos, ficou clara a possibilidade da edição de normas diferenciadoras, as quais servirão para equilibrar as peculiaridades da parte que detém característica diferente e que a desiguala em relação às demais. Contudo, para alcançar essa finalidade, deverá se basear em critérios legítimos e justos, consistentes em uma diferenciação razoável e racional, e não arbitrária e seletiva.

A atuação do juiz, por sua vez, deve ser norteadada pela condução do processo de acordo com o direito à igualdade, na medida em que é seu dever dirigi-lo e velar pela igualdade das partes. Do ponto de vista da imparcialidade, demonstrou-se que, embora o juiz deva atuar de forma imparcial em relação ao teor do conflito, não deve proceder desse modo no tocante à relação processual, pois, se assim agir, poderá estar atuando com parcialidade. Dessa forma, para a promoção da igualdade, o juiz deve atuar de forma ativa, dirimindo os desequilíbrios que possam se manifestar no processo.

Não obstante, considerando o redimensionamento do papel da igualdade no processo civil contemporâneo, constatou-se a existência de pelo menos três aspectos distintos em relação à igualdade das partes. Para além de uma igualdade no processo, consistente na igualdade de possibilidades para o exercício de um contraditório pleno, imperioso também reconhecer a necessidade de se observar a igualdade ao processo, materializada no acesso à justiça e na consideração das

vulnerabilidades processuais que se manifestam antes mesmo da existência de um processo, bem como a igualdade pelo processo, consistente na uniformidade do direito.

Conclui-se, por fim, que somente por meio dessas três incidências da igualdade em relação ao processo é que se poderá falar no verdadeiro respeito ao direito fundamental à igualdade das partes, tendo em vista que, de nada adianta focar na observância da igualdade no trâmite processual, por meio de um contraditório pleno, se situações de desequilíbrio já se manifestam no acesso à justiça, ou ainda, se decisões destoantes são proferidas em relação a situações idênticas ou similares, quando, na verdade, mereciam receber tratamento isonômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. "A igualdade e os negócios processuais". In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 315-336.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. "Imparcialidade e imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal". **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n. 149, p. 339-364, jul. 2007.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

HERTEL, Daniel Roberto. "Reflexos do princípio da isonomia no direito processual". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 55, p. 194-211, abr./jun. 2006.

GRECO, Leonardo. "A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa". **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, 2006. Disponível em: <<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista09/Artigos/LeonardoGreco.pdf>> Acesso em: 13 mai. 2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "La igualdad de las partes en el proceso civil". **Revista de Processo**, v. 44, p. 176-185, out./dez. 1986.

NERY JR, Nelson. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SAN TIAGO DANTAS, F. C. "Igualdade perante a lei e *due process of law*". In: SAN TIAGO DANTAS, F. C. **Problemas de direito positivo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SANTOS, Igor Raatz dos. "Processo, igualdade e colaboração: os deveres de esclarecimento, prevenção, como meio de redução das desigualdades no processo civil". **Revista de Processo**. v. 192, p. 47-80, fev. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil**. Coordenador: FREIRE, Alexandre. São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

26. O DIREITO FUNDAMENTAL À IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NA CONCEPÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: O DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO – CASO PIERSACK V. BÉLGICA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO THE IMPARTIALITY OF THE JUDGE IN THE CONCEPTION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS: THE RIGHT TO A FAIR TRIAL - PIERSACK V. BELGIUM CASE



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-26>

Luana Steffens¹

Resumo

O presente ensaio propõe-se a realizar uma análise da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH), julgada em 1º de outubro de 1982, envolvendo o caso *Piersack v. Bélgica*. Pretende-se, a partir de uma perspectiva cível, analisar o conceito de imparcialidade judicial, especialmente no tocante à concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos. O primeiro passo a ser dado com vistas ao atendimento de tal escopo é, pois, identificar a fundamentalidade material e o conteúdo semântico da imparcialidade do magistrado. Na sequência, verificar-se-á como a imparcialidade está catalogada no direito nacional pátrio, em especial, em face da cláusula de abertura material do catálogo de direitos fundamentais. Após, por meio da distinção das duas vertentes da imparcialidade estabelecidas pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, a dizer, uma objetiva e outra subjetiva, pretende-se verificar se essa classificação se aplica ao conceito de imparcialidade utilizado pelo ordenamento jurídico nacional. Conclui-se que a classificação do conceito da imparcialidade fixada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito brasileiro, notadamente em face de haver na legislação processual brasileira distinção entre as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado. Palavras-chave: Imparcialidade – Fundamentalidade material - Imparcialidade Objetiva – Imparcialidade Subjetiva – Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Abstract

This essay proposes to carry out an analysis of the decision of the European Court of Human Rights (ECHR), judged on October 1, 1982, involving the *Piersack v. Belgium* case. From a civil perspective, the aim is to analyze the concept of judicial

¹ Mestranda em Direito na área Teoria Geral da Jurisdição e Processo pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Pós-graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e pela Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul - AJURIS. MBA em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Bacharel em Direito pela PUC/RS. Bolsista CAPES/PROEX. Advogada. luana@lsteffens.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0751939826959797>.

impartiality, especially as regards the concept given by the European Court of Human Rights. The first step to be taken in order to fulfill this scope is, therefore, to identify the material basis and the semantic content of the impartiality of the magistrate. Next, it will be verified how impartiality is catalogued in national law, particularly in view of the material opening clause of the catalogue of fundamental rights. Afterwards, through the distinction between the two aspects of impartiality established by the European Court of Human Rights, that is, one objective and the other subjective, it is intended to verify whether this classification applies to the concept of impartiality used by the national legal system. The conclusion is that the classification of the concept of impartiality established by the European Court of Human Rights applies to brazilian law, particularly in view of the fact that our procedural law distinguishes between cases of suspicion and impediment of the magistrate.

Keywords: Impartiality – Material basis - Objective Impartiality – Subjective Impartiality – European Court Of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O presente ensaio tem por escopo realizar uma análise da decisão julgada pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), em 1º de outubro de 1982, envolvendo o caso *Piersack v. Bélgica* e a sua aplicação ao sistema jurídico brasileiro. A decisão analisada é a App 8692/79, que trata do *leading case* do Tribunal de Estrasburgo a respeito do tema da imparcialidade.

No caso em tela, Piersack era suspeito de homicídio de duas pessoas e o então procurador público decidiu processá-lo. Em 13 de dezembro de 1977, Van de Walle (que era vice-procurador sênior do departamento que havia decidido processar o demandante) prestou juramento como juiz do Tribunal de Apelação de Bruxelas. O julgamento de Piersack ocorreu em 1978 no Tribunal de Assize, presidido por Van de Walle. Em última instância, a Corte de Apelação condenou o requerente pelo assassinato de um dos homens e o absolveu em relação às demais acusações. Piersack recorreu da decisão ao Tribunal de Cassação, alegando que o juiz que o julgou não era imparcial, mas o recurso foi negado. O recorrido, então, interpôs recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos alegando que não havia sido julgado por um Tribunal independente e imparcial estabelecido por lei, desde que Van de Walle, presidente do Tribunal que o condenou, houvera tratado o caso em um

momento anterior. A Comissão Europeia de Direitos Humanos deu provimento ao seu recurso, concluindo que o Tribunal não havia sido imparcial.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos sustentou, como razões de decidir, que a imparcialidade deve ser examinada sob um aspecto subjetivo e, outro, objetivo. O TEDH considerou que houve violação à imparcialidade objetiva pelo juiz Van de Walle, em clara afronta ao artigo 6º, nº 1, da Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais.

Tendo isso em vista, o presente ensaio objetiva, a partir de uma perspectiva cível, apresentar a concepção atribuída pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos à imparcialidade e verificar se essa concepção é adotada pela doutrina pátria. O tema mostra-se relevante especialmente em face de haver o Brasil se submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos por ocasião da promulgação do Decreto nº 4.463/2002 ², acarretando a possibilidade de um Tribunal supranacional vir a analisar uma questão concernente à imparcialidade dos órgãos judiciais brasileiros.

A pesquisa teve abordagem metodológica essencialmente dialética, empregada por meio de recurso a procedimento comparativo e funcionalista, e adotou-se o método interpretativo sociológico. O estudo é eminentemente teórico e descritivo e manusearam-se fontes bibliográfico-documental.

1 DA FUNDAMENTALIDADE MATERIAL DO DIREITO AO JULGAMENTO POR UM TRIBUNAL IMPARCIAL

De acordo com Ingo Sarlet, os direitos fundamentais podem ser considerados "...aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado"³. Já os direitos humanos seriam

² BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002. Promulga a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm> Acessado em: 20-11-2019).

³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 29.

aqueles previstos em documentos de direito internacional (positivados na esfera do direito internacional), de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional⁴.

Como se vê, os direitos humanos e fundamentais possuem o mesmo objeto, distinguindo-se apenas quanto ao veículo normativo em que positivados. Os primeiros, por serem inerentes à condição humana, são positivados – mas não necessariamente – em documento internacional, ao passo que os segundos, encontram proteção no âmbito do direito constitucional de cada Estado. Nesse sentido, os direitos humanos (como direitos inerentes à própria condição e dignidade humana) acabam sendo “transformados” em direitos fundamentais pelo modelo positivista, incorporando-os ao sistema de direito positivo como elementos essenciais, visto que apenas mediante um processo de “fundamentalização”, os direitos naturais e inalienáveis da pessoa adquirem a hierarquia jurídica e seu caráter vinculante em relação a todos os poderes constituídos no âmbito de um Estado Constitucional⁵.

Pois bem, fixadas tais premissas, direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados⁶. Nesse âmbito, Canotilho “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”⁷.

Robert Alexy, igualmente, realiza a distinção entre a proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. Segundo o referido autor, “a fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário”⁸.

Nesse sentido, a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 30.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 32.

⁶ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2008, p. 520.

ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal; b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional; c) cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da CF)⁹.

Por outro lado, a fundamentalidade material implica a análise do conteúdo dos direitos, ou seja, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana¹⁰. Assim, a conceituação meramente formal de direitos fundamentais, no sentido de serem direitos fundamentais somente aqueles expressamente previstos na Lei Maior, mostra-se insuficiente, porquanto o § 2º, do artigo 5º¹¹ da Constituição Federal admite expressamente a existência de outros direitos fundamentais que não os integrantes do catálogo (Título II).

No que tange especificamente ao direito fundamental ao julgamento por um Tribunal imparcial, objeto desta pesquisa, esse direito não se reveste da fundamentalidade formal propriamente dita, na medida em que não se encontra expressamente positivado no catálogo do artigo 5º da Constituição Federal, tampouco nos dispositivos esparsos da Lei Maior.

Entretanto, o direito ao julgamento por um Tribunal imparcial reveste-se de fundamentalidade material, a qual decorre, expressamente, da cláusula de abertura material do sistema de direitos fundamentais previsto no § 2º do artigo 5º. Assim, por força de uma interpretação sistemática da Constituição, infere-se que o direito ao julgamento por um Tribunal imparcial é um direito fundamental implícito¹².

Aliás, sustenta Juarez Freitas que o artigo 5º, § 2º, da CF encerra uma autêntica norma geral inclusiva¹³. Assim, a Constituição Federal apresenta-se como

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 76.

¹⁰ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 328.

¹¹ § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹² O significado do termo 'implícito' corresponde àquilo que está subentendido, o que está envolvido, mas não de modo claro (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa, p. 923.)

¹³ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

a moldura de um processo de permanente aquisição de novos direitos fundamentais¹⁴. Esse processo dinâmico e aberto de reconhecimento de direitos fundamentais no âmbito do sistema constitucional atua como uma espécie de força motriz para uma sociedade sempre aberta e plural¹⁵.

Portanto, a imparcialidade judicial caracteriza-se como direito fundamental do jurisdicionado, na sua acepção material. Funciona, ainda, como essência da Jurisdição, como será abordada no tópico a seguir.

2 A GARANTIA DA IMPARCIALIDADE COMO ESSÊNCIA DA JURISDIÇÃO E DIREITO FUNDAMENTAL DO JURISDICIONADO: a cláusula de abertura do sistema de direitos fundamentais e a incorporação do direito ao julgamento por um Tribunal imparcial ao ordenamento jurídico brasileiro

Após a Segunda Guerra Mundial, a exigência da imparcialidade judicial tornou-se um postulado universal consubstanciado em diversos tratados internacionais¹⁶.

A Constituição Federal de 1988 não contempla *expressamente* a garantia da imparcialidade judicial no amplo catálogo dos direitos fundamentais do artigo 5º, tratando-se de garantia fundamental implícita. Sob essa ótica, o conteúdo do julgamento por um julgador imparcial exsurge como decorrência da leitura sistemática¹⁷ dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988.

Com efeito, o §2º, do artigo 5º, da CF/88 – cláusula de abertura do sistema – estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Assim, de acordo com a exegese desse dispositivo constitucional, infere-se que ao lado de uma série

¹⁴ CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". In: Sampaio, José Adércio (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del rey, 2003, p. 154.

¹⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 332.

¹⁶ SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais". In: RePro v. 42, n. 270, p. 59, ago/2017.

¹⁷ A respeito do conceito de sistema, ver Canaris, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

de direitos fundamentais exteriorizados como tais, há outros direitos e garantias ocultos ou pelo menos não expressamente nominados no artigo 5º, da Constituição Federal de 1988¹⁸.

O § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988, insere no catálogo dos direitos fundamentais os direitos enunciados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Desse modo, ainda que não haja previsão *expressa* na Lei maior brasileira de um princípio ou de um direito fundamental subjetivo à imparcialidade do juiz, pode-se dizer que essa previsão decorre dos preceitos contidos nos tratados ou pactos internacionais¹⁹.

Pois bem, o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10-12-1948, aprovada pelo Brasil²⁰, dispõe que “todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e *imparcial*, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele”.

Do mesmo modo, o artigo 14, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 19-12-1966, ratificado pelo Brasil²¹, afirma que “todas as pessoas são iguais perante os Tribunais e as Cortes de Justiça, toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um Tribunal competente, *independente e imparcial* [...]”.

Assim, o Brasil, como signatário do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, incorporou no rol dos seus direitos fundamentais, por força do § 2º, artigo 5º, da CF/88, a imparcialidade do juiz. Sob essa ótica, a imparcialidade judicial configura-se como um elemento indispensável a qualquer processo, sendo que nela radica uma das mais importantes garantias para a prolação de uma tutela

¹⁸ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p. 36.

¹⁹ SOUZA, Artur César de. “A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social”, *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.36.

²⁰ BRASIL, Resolução nº 217, de 1948.

²¹ BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

jurisdicional justa e equânime²².

Os textos constitucionais, nesse particular, têm tratado a imparcialidade como direito fundamental, sendo ela reconhecida na (a) Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10); (b) Declaração Americana dos Direitos do Homem (artigo 26, 2); (c) Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8.1); (d) Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, I); (e) Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais (art. 6º, I).

A condição de imparcialidade do julgador é o que permite a produção de uma decisão justa, conforme o ordenamento jurídico, cuja prolação promova igualdade, proteja a segurança e vele pela coerência. Nesse universo, a imparcialidade está na ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo. É um requisito anímico do juiz, configurando-se elemento da própria jurisdição²³. Não há falar em jurisdição sem a característica da imparcialidade do julgador²⁴.

Portanto, não se cria um novo direito fundamental, mas o desvenda reflexamente do direito a um processo com todas as garantias, ou em decorrência da permissibilidade constitucional para que o ordenamento jurídico incorpore outros direitos fundamentais previstos em tratados internacionais, dos quais o Brasil seja signatário²⁵.

Por fim, no âmbito infraconstitucional, a imparcialidade é tratada como *regra*, por meio das disposições negativas do Código de Processo Civil, em seus artigos

²² SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.38.

²³ SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019, p. 834.

²⁴ Nesse sentido leciona Cappelletti: "...o que realmente faz o juiz ser juiz e um tribunal um tribunal, não é a sua falta de criatividade (e assim a sua passividade no plano substancial), mas sim (a sua passividade no plano processual, vale dizer) a) a conexão da sua atividade decisória com os '*cases and controversies*' e, por isso, com as partes de tais casos concretos, e b) a atitude de imparcialidade do juiz, que não deve ser chamado para decidir *in re* sua, deve assegurar o direito das partes a serem ouvidas (*fair hearing*), [...] e deve ter, de sua vez, grau suficiente de independência em relação às pressões externas e especialmente àquelas provenientes dos '*poderes políticos*.'" (CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 74).

²⁵ SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.37.

144 e 145, nos quais são reguladas as disposições relativas ao impedimento e à suspeição do magistrado.

Saliente-se que a atuação do juiz em qualquer relação jurídica processual, motivada pelas hipóteses dos artigos 144 e 145 do CPC, caracteriza a nulidade absoluta da decisão²⁶, ensejando, inclusive, a responsabilidade pessoal do julgador por eventuais danos que possa vir a causar às partes²⁷.

Como se vê, a imparcialidade é direito fundamental que não está expressamente catalogada no artigo 5º da Constituição Federal. Entretanto, como referido, a sua integração no sistema jurídico pátrio, como norma de direito fundamental, decorre da cláusula de abertura de sistema prevista no § 2º do artigo 5º, já que o direito fundamental ao juiz imparcial está previsto em diversos Tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

3 A CONCEPÇÃO DE IMPARCIALIDADE DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS: imparcialidade objetiva e imparcialidade subjetiva

Como visto, um dos elementos essenciais à jurisdição é a imparcialidade do julgador, que é considerada pela doutrina, dentre outras classificações, como objetiva e subjetiva.

Essa classificação também foi realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos quando do julgamento do caso *Piersack v. Belgium*, que abordou a imparcialidade do julgador sob dois distintos aspectos: um subjetivo, relativamente às convicções íntimas do juiz, e outro objetivo, relativamente a constatações, no caso concreto, de que há razões suficientes para se afastar qualquer dúvida razoável no tocante à imparcialidade.

No caso tratado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (*Piersack v. Belgium*) o juiz que presidiu o júri²⁸ havia atuado como coordenador da seção do

²⁶ A nulidade absoluta nessas hipóteses é reconhecida pela Corte Europeia de Direitos do Homem.

²⁷ SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In*: Revista dos Tribunais ano 96, Vol. 857, março de 2007, p.46.

²⁸ Na Bélgica o procedimento do júri dispõe que, se sete dos doze jurados manifestarem-se a favor da condenação, a questão é submetida a deliberação de juízes.

Ministério Público responsável pela persecução penal contra o acusado no momento da investigação criminal. Tendo em vista tal fato, a Corte assim decidiu: *"In order that the courts may inspire in the public the confidence which is indispensable, account must also be taken of questions of internal organisation"*.

O aspecto subjetivo da imparcialidade trata de averiguar a convicção pessoal de um determinado juiz em um caso concreto. Trata-se de aspecto ligado ao ânimo do julgador e essa espécie da imparcialidade judicial é sempre presumida até que se faça prova do contrário.

A imparcialidade subjetiva (=imparcialidade psicológica = imparcialidade anímica = imparcialidade propriamente dita = não se interessar pela causa nem tomar partido por quem quer que seja) é caracterizada pela inexistência de qualquer identificação entre o julgador e o autor ou o réu²⁹. Ela é subjetiva, tendo relação direta com uma análise do psiquismo dos sujeitos processuais que têm dever de manter este peculiar estado anímico, sob pena de viciar a relação processual³⁰.

De outro lado, a imparcialidade objetiva (= terceiraidade, alienidade, alteridade ou alheação = imparcialidade funcional = "imparcialidade"), caracteriza-se pelo fato de o julgador não atuar como parte, mantendo-se equidistante³¹. Trata-se de um Juiz concreto que possa oferecer garantias suficientes para excluir qualquer dúvida razoável de sua imparcialidade. Parte-se da premissa de que o julgador do processo seja visto como um terceiro, alheio ao Interesse das partes. Nesse contexto, não basta o julgador ser imparcial, deve parecer ser imparcial³².

De acordo com a corrente da imparcialidade objetiva, é necessário que se façam presentes condições suficientes para se afastar qualquer dúvida razoável

²⁹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 22.

³⁰ CABRAL. Antonio. "Imparcialidade e Imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal". In: RePro Ano 32, n. 149, jul/2007, p. 343

³¹ COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 22.

³² A respeito, o famoso adágio inglês de Lord Hewart que ganhou o mundo: "justice must not only be done; it must also seem to be done". (WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR, Andrew. Principles of judicial review. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 414)

acerca da imparcialidade do julgador³³.

Conforme Souza³⁴, a imparcialidade objetiva decorre da existência de determinadas causas vinculadas unicamente a aspectos objetivos. Essas circunstâncias, segundo o autor, seriam constatáveis sem qualquer influência de aspectos subjetivos do julgador.

O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), adotando a teoria da aparência, justificou a existência da violação da imparcialidade objetiva quando o julgador que apreciou o pedido já tinha atuado na fase anterior como membro do Ministério Público:

...b) a abordagem objetiva: o Tribunal europeu considera que a noção de imparcialidade contém não só um elemento subjetivo, mas também um elemento objetivo. Não só o tribunal deve ser mentalmente imparcial, pois "nenhum de seus membros deve ter um preconceito pessoal e predileções", mas também "tem que ser imparcial de um ponto de vista objetivo", o que significa que "deve ter garantias para excluir todas as dúvidas justificadas a esse respeito" (*ECHR, Dakarasvs. Lithuania, 2000, paragraph 30*). Para este aspecto, o critério introduz a necessidade de analisar se, independentemente da conduta pessoal do juiz, há fatos determinantes quanto a sua imparcialidade. O escrutínio é a competência funcional do juiz. O objetivo desta análise é determinar que o juiz ofereceu garantias suficientes para excluir qualquer dúvida legítima. A partir desse ponto de vista, os conceitos de independência e imparcialidade objetiva parecem estar intimamente relacionados.³⁵

Por conseguinte, o direito ao juiz imparcial, segundo a imparcialidade objetiva, está intimamente ligado ao direito à aparência de imparcialidade que é analisada por

³³ MAYA, André Machado. A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo. 269 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 151.

³⁴ SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007, p. 36.

³⁵ DANILET, Cristi. Independence and Impartiality of Justice, 2000. Disponível em <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/independence%20and%20Impartiality%20of%Justice-1.pdf>. Acesso em: 13-06-2019.

meio de dados objetivos. Nesse enquadramento, a finalidade da exigência da imparcialidade objetiva seria a de evitar que questões objetivas pudessem colocar em dúvida a aparência de imparcialidade que deve revestir a atividade jurisdicional. Por exemplo, o juiz que atuou como perito ou mesmo que tenha recusado o pedido de arquivamento do inquérito policial feito pelo Ministério Público pode pôr em risco a imparcialidade objetiva que lhe é exigível, já que nesses casos não existe uma especial vinculação entre o juiz e a parte, que é o núcleo da parcialidade subjetiva.³⁶

Pois bem, de acordo com essa corrente, a imparcialidade adquire um novo viés: não basta que o juiz seja alheio ao interesse das partes, mas também que assim o pareça ser. Cabe ao Judiciário a missão de mostrar à sociedade que a justiça está sendo feita³⁷. Portanto, a imparcialidade judicial pretende que o juiz esteja completamente afastado, real e aparentemente, do objeto do processo e dos interesses das partes.

4 DA APLICAÇÃO DA CLASSIFICAÇÃO DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS NO BRASIL

Por fim, será analisada, brevemente, se a classificação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos encontra guarida na legislação pátria. Esclareça-se que a abordagem feita será essencialmente sob o viés do direito processual civil³⁸.

O Código de Processo Civil estabelece as causas de impedimento e suspeição do juiz nos artigos 144 e 145. De acordo com Pontes de Miranda, não se confundem as causas de suspeição e de impedimento: "quem está sob suspeição está em situação de dúvida de outrem quanto ao seu bom procedimento", já quem "está impedido está fora de dúvida, pela sua enorme probabilidade de ter influência maléfica para a sua função"³⁹.

³⁶SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz – uma leitura constitucional de sua concepção dogmática". In: RePro 269, Ano 42, julho/2017, p. 71.

³⁷MAYA, André Machado. A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela prevenção do juízo. 269 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 118.

³⁸Não será abordada a questão sob o viés do direito processual penal.

³⁹MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume II, 5ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 420.

Uma grande parte da doutrina⁴⁰, constata uma aproximação nas hipóteses de impedimento à imparcialidade objetiva, ao passo que, na suspeição, vislumbra-se uma correlação com a imparcialidade subjetiva.

Nelson Nery Junior sustenta que “os motivos indicadores do impedimento do juiz são de natureza objetiva”, de tal modo a caracterizar “presunção *iuris et de iure* – absoluta – de parcialidade”⁴¹. Assim, uma vez provada a causa de impedimento, o juiz deverá ser afastado do processo.

Destarte, mostra-se evidente uma aproximação entre os conceitos de imparcialidade objetiva e as causas de impedimento previstas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, Claudia Gay Barbedo, em sua dissertação de mestrado, refere que “no direito nacional, podemos identificar a imparcialidade objetiva basicamente com os casos de exceção de impedimento...” Aponta, ainda em relação ao impedimento, que “esse instrumento usado para afastar o magistrado da relação processual deriva de causas objetivas”.⁴²

De outra banda, quando se fala em suspeição do julgador, constata-se a circunstância de violação da imparcialidade de ordem subjetiva⁴³. Com efeito, a suspeição ocorre pelo vínculo estabelecido entre o juiz e a parte ou entre o juiz e a questão discutida no feito. Desse modo, caracterizada a suspeição, mostra-se ela congruente com o conceito de imparcialidade subjetiva, porquanto diz respeito a convicção pessoal do magistrado ou a questões de foro íntimo do julgador.

Por conseguinte, parece evidente que a classificação da imparcialidade objetiva e subjetiva realizada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito brasileiro, notadamente em face da distinção efetivada pelo Código de

⁴⁰ Em que pese, Joan Picó I Junoy reputa incorreta a distinção entre a imparcialidade objetiva da subjetiva. Sustenta que a imparcialidade judicial diz respeito ao juiz como sujeito alheio ao que é discutido no processo e às partes em litígio e, portanto, a imparcialidade é sempre subjetiva (PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidade judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: Bosh, 1998, p. 51).

⁴¹ NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 537.

⁴² BARBEDO, Cláudia Gay. Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana para direitos humanos. 219 f. Dissertação de mestrado. Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004, p. 24.

⁴³ NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 541.

Processo Civil das hipóteses de impedimento e de suspeição do magistrado (artigos 144 e 145 do CPC).

CONCLUSÃO

Consideradas as apreciações acima, deduz-se que a aferição da fundamentalidade do direito ao julgamento, por um julgador imparcial, decorre da cláusula de abertura constitucional do sistema prevista no artigo 5º, § 2º da Constituição Federal. Melhor explicando, a fundamentalidade material do direito a julgamento por um decisor imparcial decorre da sua expressa previsão nos Tratados internacionais ratificados pelo Brasil, que se incorporaram ao quadro de direitos fundamentais, por força da cláusula de abertura inscrita no art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal.

A imparcialidade do magistrado é elemento essencial à Jurisdição e é considerada pela doutrina, assim como pelo Tribunal Europeu de Direito Humanos, dentre outras classificações, como objetiva e subjetiva.

A imparcialidade objetiva revela-se na confiança que o Judiciário deve passar à sociedade. De acordo com parte da doutrina, a imparcialidade objetiva aproxima-se às hipóteses de impedimento do magistrado previstas no artigo 144 do CPC. Por outro lado, a imparcialidade subjetiva vincula-se à convicção pessoal do magistrado, tendo relação direta com uma análise do psiquismo dos sujeitos processuais. Essa vertente da imparcialidade, por sua vez, aproxima-se das hipóteses de suspeição previstas no artigo 145 do CPC.

Portanto, parece evidente que a classificação do conceito da imparcialidade fixada pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos aplica-se ao direito pátrio, notadamente em face de haver na legislação processual brasileira distinção expressa entre as hipóteses de suspeição e impedimento do magistrado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, Trad. Virgílio Afonso da Silva, 2008.

BARBEDO, Cláudia Gay. Da imparcialidade ao prejulgamento: uma análise jurídica e psicanalítica da atuação do juiz no processo penal à luz da convenção americana para direitos humanos. 219 f. Dissertação de mestrado. Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004.

BRASIL. Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002.

BRASIL, Resolução nº 217, de 1948.

BRASIL, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

CABRAL, Antonio. "Imparcialidade e Impartialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções no processo civil e penal". *In*: Revista de Processo, Ano 32, n. 149, jul/2007, p. 340-363.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

CARVALHO NETTO, Menelick de. "A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais". *In*: Sampaio, José Adércio (Org.). Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del rey, 2003.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016, f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DANILET, Cristi. "Independence and Impartiality of Justice", 2000. Disponível em: <http://www.medelnet.eu/images/stories/docs/independence%20and%20Impartiality%20of%20Justice-1.pdf>. Acesso em: 13-06-2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MAYA, André Machado. A imparcialidade como marco essencial da prestação jurisdicional penal e seus reflexos nas regras que definem a competência pela

prevenção do juízo. 269 f. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. volume 1, 3ª ed., SP: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil, Volume II, 5ª ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NERY Jr, Nelson. Código de Processo Civil comentado: e legislação extravagante, 7ª ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PICÓ I JUNOY, Joan. La imparcialidade judicial y sus garantías: la abstención y la recusación. Barcelona: Bosh, 1998.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed., SP: Saraiva Educação, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. SP: Malheiros, 2000.

SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz – uma leitura constitucional de sua concepção dogmática". *In: Revista de Processo* 269, Ano 42, julho/2017, p. 60-87.

SOUZA, Artur Cesar de. "Imparcialidade do juiz: similitudes e diferenciação em relação aos demais princípios constitucionais". *In: Revista de Processo*, v. 42, n. 270, p. 57/83, ago/2017.

SOUZA, Artur César de. "A parcialidade positiva do juiz (justiça parcial) como critério de realização no processo jurisdicional das promessas do constitucionalismo social", *In: Revista dos Tribunais* ano 96, Vol. 857, março de 2007.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH): Caso Piersack v. Bélgica, App 8692/79, sentença de 01-10-1982.

WOOLF, Harry; JOWELL, Jeffrey; LE SUEUR, Andrew. Principles of judicial review. London: Sweet & Maxwell, 1999.

**27. O DIREITO FUNDAMENTAL À MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES NA ERA DO
NEOPROCESSUALISMO: COMENTÁRIOS AOS ARTIGOS 489 DO CPC/15 E
20 DA LINDB**

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO LEGAL REASONING IN THE AGE OF
NEOPROCESSUALISM: COMMENTS ON ARTICLES 489 OF CPC/15 AND
20 OF LINDB*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-27>

Raquel Vieira Paniz¹

RESUMO

Este artigo tem por escopo examinar a densificação do direito fundamental à motivação das decisões, consubstanciado no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, à luz do eixo teórico-metodológico do neoprocessualismo e das inovações legislativas materializadas nos artigos 489 do Código de Processo Civil de 2015 e 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. A pesquisa teórica que deu origem a este ensaio, elaborada mediante o emprego de raciocínio indutivo, abordagem descritiva e levantamento bibliográfico, insere-se na vertente jurídico-dogmática, de sorte que, trabalhando com elementos internos ao ordenamento jurídico, aborda o panorama em que despertou a necessidade de aperfeiçoamento do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, para, na sequência, discorrer acerca das contribuições introduzidas pelos artigos 489 do Código de Processo Civil de 2015 e 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Ao final, este artigo pretende demonstrar que os dispositivos legais analisados, ao conferirem uma dimensão analítica e descritiva ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, fizeram despontar a importância de incrementar a qualidade da argumentação jurídica. Palavras-chave: Argumentação jurídica. Direito fundamental à motivação das decisões. Dever de fundamentação. Neoprocessualismo.

ABSTRACT

This paper aims to examine the densification of the fundamental right to legal reasoning, embodied in article 93, item IX, of the 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil, in the light of the theoretical and methodological axis of neoprocessualism and the legislative innovations materialized in articles 489 of the

¹ Mestranda em Direito, na área de concentração Teoria Geral da Jurisdição e Processo, pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada. Endereço eletrônico: raquelpaniz@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9388535531240000>.

2015 Code of Civil Procedure and 20 of the Law of Introduction to Rules of Brazilian Law. The theoretical research that gave rise to this essay, elaborated through the use of inductive reasoning, descriptive approach and bibliographic survey, is inserted in the legal-dogmatic perspective, so that, managing elements internal to the legal system, it addresses the panorama in which it aroused the need to improve the constitutional duty to give reasons for judicial decisions, in order to discuss the contributions introduced by articles 489 of the 2015 Code of Civil Procedure and 20 of the Law of Introduction to Rules of Brazilian Law. In the end, this paper intends to demonstrate that the analyzed legal devices, when conferring an analytical and descriptive dimension to the constitutional duty to give reasons for judicial decisions, highlighted the importance of increasing the quality of legal reasoning.

Keywords: Legal reasoning. Fundamental right to legal reasoning. Duty to give reasons for judicial decisions. Neoprocessualism.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O reconhecimento da normatividade dos princípios, propiciado pela nova e atual fase da ciência do Direito, demanda um aperfeiçoamento do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Isso porque, se antes cabia ao juiz tão somente uma função de conhecimento técnico, voltada à revelação da solução contida no enunciado normativo, hoje lhe compete assumir o papel de coparticipante do processo de criação do Direito, na medida em que, a partir do caso concreto, efetua valorações de sentido para os princípios e realiza escolhas entre as soluções possíveis².

Nesse contexto, a presente pesquisa teórica, elaborada mediante o emprego do raciocínio indutivo e da abordagem descritiva, tem como objetivo averiguar, a partir de levantamento bibliográfico, a densificação do direito fundamental à motivação das decisões, consubstanciado no artigo 93, inciso IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), à luz do eixo teórico-metodológico do neoprocessualismo e das inovações legislativas materializadas nos artigos 489 do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) e 20 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB).

Com esse escopo, então, parte-se da análise do contexto histórico e cultural

² BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". Boletim de Direito Administrativo, ano 23, n. 1, jan. 2007, São Paulo, p. 32.

da normatividade dos princípios e, também, da compreensão do processo como meio para a tutela dos direitos, de forma a ilustrar o panorama em que despontou a necessidade de aprimoramento da fundamentação das decisões judiciais, enquanto dever correlato ao direito fundamental à motivação das decisões.

Na sequência, buscar-se-á abordar o teor do artigo 489 do CPC/2015, destacando-se a objetivação conferida às valorações perpetradas pelo juiz e a feição analítica atribuída ao dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

Por fim, discorrer-se-á acerca do conteúdo e da extensão do artigo 20 da LINDB, perpassando pelas normas que compõem o novel dever de fundamentação descritiva das decisões judiciais: de um lado, a regra de concretização dos valores abstratos empregados pelo magistrado para fundamentar a sua decisão, e, de outro, o princípio da explicabilidade.

2 A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS E OS SEUS EFEITOS COLATERAIS

A experiência e a cultura de uma sociedade informam e moldam a estrutura do processo civil, o que repercute, também, na interpretação conferida aos princípios e às garantias processuais³. É nesse sentido, aliás, que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁴ afirma que *“a questão axiológica termina por se precipitar no ordenamento de cada sistema e na própria configuração interna do processo, pela indubitável natureza de fenômeno cultural deste e do próprio direito”*.

Com efeito, as transformações na estrutura de poder introduzidas na pós-modernidade, notadamente a partir do segundo pós-Guerra – graças a extraordinárias mutações, impulsionadas pela Revolução das Comunicações, que vieram renovar e reforçar a sociedade enquanto instituição –, levaram a se repensar o próprio Estado: com a sua soberania, relativizada no contexto internacional; com a sua incontestabilidade, questionada no plano dos valores; e com a indisputabilidade

³ Segundo Oscar G. Chase, “dispute processes are in large part a reflection of the culture in which they are embedded; they are (...) institutions through which social and cultural life is maintained, challenged, and altered” (CHASE, Oscar G. Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context. New York and London: New York University Press, 2005, p. 2).

⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

ético-jurídica de suas normas, abandonada como ficção imprestável⁵. Nesse contexto histórico, que demarca a instituição de uma nova fase da interpretação constitucional, designada pelo termo neoconstitucionalismo^{6 7}, a ciência do Direito, até então estruturada em torno do pensamento jusfilosófico positivista, deu uma guinada em direção aos valores⁸, em especial àqueles contemplados na Constituição.

Conforme aponta Andre Vasconcelos Roque⁹, a nova e atual fase da ciência do Direito, que recebeu a denominação de pós-positivismo, tem como pilares, então, (i.) a superação da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; (ii.) a expressão dos valores em princípios, que deixam de ser meras exortações ou mesmo fontes subsidiárias, aplicadas apenas no silêncio da lei; e (iii.) a compreensão do ordenamento jurídico como um sistema jurídico aberto de valores. Ademais, especificamente no plano da ciência do processo, o descrito giro teórico traduziu-se no chamado neoprocessualismo, fase metodológica que tem como escopo romper a aplicação formalista do direito processual e o utilizar como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, mantendo o equilíbrio entre a garantia do devido

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 61.

⁶ Cf. POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, 1998, San Vicente del Raspeig, Universidad de Alicante, p. 339-353.

⁷ Importa consignar que, de acordo com Humberto Ávila, as mudanças fundamentais da teorização e aplicação do Direito Constitucional preconizadas pelo movimento do neoconstitucionalismo, de ordem normativa ("da regra ao princípio"), metodológica ("da subsunção à ponderação"), axiológica ("da justiça geral à justiça peculiar") e organizacional ("do Poder Legislativo ao Poder Judiciário") –, não encontram suporte no ordenamento constitucional brasileiro (ÁVILA, Humberto Bergmann. "'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 17, jan./mar. 2009, Salvador).

⁸ "Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2.ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito" (BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". *Boletim de Direito Administrativo*, ano 23, n. 1, jan. 2007, São Paulo, p. 25).

⁹ ROQUE, Andre Vasconcelos. "Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC", em FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.): *Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 245-246.

processo legal e a aplicação racional das formas¹⁰.

Ocorre que, se a releitura da ciência do Direito sob a ótica da normatividade dos princípios, de um lado, alicerçou a tutela efetiva do direito material por meio do processo, de outro, contribuiu para a indeterminação da própria disciplina jurídica, na medida em que difundiu verdadeira incerteza quanto à solução adequada para os casos levados a juízo¹¹. Mais: os princípios, em razão da generalidade e da abstração que lhes são próprias¹², passaram a ser empregados de forma a justificar qualquer decisão, deteriorando, assim, a qualidade da argumentação jurídica¹³. Diante desse cenário, emergiu, pois, a necessidade de se aperfeiçoar o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de se tornar letra morta o direito fundamental à motivação das decisões.

3 O ARTIGO 489 DO CPC/2015 E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO ANALÍTICA DAS DECISÕES JUDICIAS

Partindo da premissa de que, na era do neoprocessualismo, as decisões judiciais são marcadas por alta carga valorativa – seja porque a interpretação da norma jurídica não mais se restringe à sua literalidade, seja porque as próprias convicções morais do juiz podem, em determinados casos, influenciar no

¹⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 115.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. "Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, Rio de Janeiro, p. 21.

¹² Na lição de Robert Alexy, "princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas" (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 90).

¹³ "As a matter of fact, judges often allude to justice, to public policy and/or the common good of the community, to legal expediency or convenience, and to common sense as ostensibly different grounds or criteria of evaluation which they apply to the juridical consequences and possible ulterior outcomes of possible rulings in contested cases. To observe this is to be alerted to the probability that legal evaluation operates on a plurality of values, rather than on some single standard such as so-called 'pleasure' or 'preference satisfaction' or 'utility', and that is important for a start. What is more, to take but one of the concepts mentioned, 'justice' hardly seems to be the name of a simple and unitary standard of evaluation. Justice itself has many aspects, and the problem is under which of its aspects it bears upon particular problems" (MACCORMICK, Neil. Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning. New York: Oxford University Press, 2010, p. 112).

posicionamento adotado ao decidir¹⁴ –, o legislador do CPC/2015, atento aos efeitos colaterais da normatividade dos princípios, buscou objetivar as valorações, isto é, racionalizar o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Em última análise, o legislador do novo *codex* processual intentou combater aquilo que, anos antes, Carlos Ari Sundfeld¹⁵ chamou de “*a farra dos princípios*”.

Nesse diapasão, foi consubstanciado verdadeiro roteiro para a fundamentação das decisões judiciais no artigo 489 do CPC/2015, cujo parágrafo primeiro estabelece, vale destacar, que não será considerada fundamentada a decisão judicial que (i.) se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; (ii.) empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; (iii.) invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; (iv.) não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; (v.) se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; e (vi) deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

De se notar, ainda, que o parágrafo segundo do artigo 489 do CPC/2015 disciplina que, no caso de colisão entre normas, o juiz deverá justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. É dizer: por força do parágrafo segundo do artigo 489 do CPC/2015, o juiz deverá identificar o postulado normativo empregado para estruturar a aplicação racional dos princípios e das regras em jogo, sob pena de incorrer em arbitrariedade na solução dos conflitos normativos por ausência de adequada fundamentação¹⁶.

Depreende-se, portanto, que foi atribuído ao juiz um *dever de fundamentação*

¹⁴ CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. “Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo código de processo civil”. Revista de Processo, v. 261, nov. 2016, São Paulo, p. 60.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 60-61.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. E-book.

analítica para a aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos, para a concretização de termos indeterminados e, também, para a construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas¹⁷. Tal dever, aliás, poderá ensejar a oposição de embargos de declaração se for descumprido, nos termos do artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, do CPC/2015, com a consequente anulação da decisão judicial não ou mal fundamentada.

4 O ARTIGO 20 DA LINDB E O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DESCRITIVA DAS DECISÕES JUDICIAS

Recentemente, o artigo 20 da LINDB, incluído pela Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018, consolidou mais um importante passo em direção ao aprimoramento do dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais. Sucede que esse dispositivo legal, em seu *caput*, determina que, nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, e, em seu parágrafo único, preconiza, ainda, que a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

De pronto, percebe-se que o artigo 20 da LINDB pretendeu reduzir o grau de abstração dos valores jurídicos por intermédio da integração, na análise quanto à sua juridicidade, das consequências que podem ser antevistas pela sua adoção¹⁸. Não é por outra razão, vale dizer, que muitos doutrinadores têm retomado o discurso em defesa das vertentes filosóficas do consequencialismo¹⁹, por considerá-las as

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

¹⁸ VITORELLI, Edilson. "A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o Direito na era do consequencialismo". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, ago. 2020, Rio de Janeiro, p. 85.

¹⁹ Aqui concebidas como "qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione explícita ou implicitamente a adequação *jurídica* de uma determinada decisão judicante à *valoração das consequências* associadas à mesma e às suas alternativas" (SCHUARTZ, Luis Fernando. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem". Revista de Direito Administrativo, v. 248, mai./ago. 2008, Rio de Janeiro, p. 130-131).

mais aptas a guiar os magistrados nesse novo esforço argumentativo que lhes passou a ser exigido²⁰.

Contudo, para além da discussão acerca dos potenciais benefícios e malefícios advindos de decisões judiciais que se valem de argumentação jurídica de cunho consequencialista²¹, mister se faz direcionar nosso olhar para o fato de que o artigo 20 da LINDB, concatenado com as demandas da sociedade de informação contemporânea²², impôs ao juiz um *dever de fundamentação descritiva*, que demanda a explicação expressa e racional do caminho trilhado para chegar à

²⁰ Cf. DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. "Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro". Revista de Direito Administrativo & Constitucional, n. 75, jan./mar. 2019, Belo Horizonte, p. 143-160; MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. "Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei n.º 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo". Revista de Direito Administrativo, v. 277, set./dez. 2018, Rio de Janeiro, p. 247-278; VITORELLI, Edilson. "A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o Direito na era do consequencialismo". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, ago. 2020, Rio de Janeiro, p. 79-112.

²¹ Neil MacCormick, embora reconheça que a argumentação jurídica de ordem consequencialista revela-se, até certa medida, de importância decisiva para justificar as decisões judiciais, pondera que a dificuldade desse exercício argumentativo reside na extensão das consequências a serem consideradas pelo juiz, bem como no parâmetro a ser empregado para avaliá-las. Nesse sentido, o autor propõe uma visão intermediária: "One can conceive of two extreme positions. On the one extreme, the only justification of a decision would be in terms of all its consequences, however remote – in terms, that is, of its productivity of the greatest net benefit, taking together all consequences and judging them by some suitable criterion of benefit and detriment. On the other extreme, the nature and quality of the decision, regardless of any of its consequences however proximate, would alone be allowed as relevant to its justification or its rightness. Neither extreme view is acceptable. The first one excludes the possibility of any rational justification of any decision, since the future is unknowable and chains of consequences stretch forward into infinity. It is also often understood as holding that there is some single ultimate criterion of value (pleasure, perhaps, or satisfaction of preferences) in terms of which we can do all the cost-benefit calculations. So far as consequentialism is taken to include this type of single-value reasoning, there are further grounds for doubting it. The second view, at the opposite extreme, ignores two crucial things. It ignores the extent to which the nature and quality of decisions and acts are themselves constituted by the consequences the decider intends, foresees, or hopes to bring about. Also, more seriously, it ignores the extent to which both prudence and responsibility to one's fellows require that one give serious thought to the foreseeable outcomes of one's acts and decisions before finally acting or deciding, the more so the more momentous the act or decision in view. We must therefore reject both extremes. We should entertain only the middle view, that some kinds and some ranges of consequences must be relevant to the justification of decisions" (MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010, p. 101-102).

²² De acordo com Daniel Bell, o crescente papel desempenhado pela ciência no processo produtivo e a ascensão à proeminência de grupos profissionais, científicos e técnicos, assim como a disseminação das tecnologias da informação, são fenômenos contemporâneos à introdução de um novo "princípio axial" do sistema socioeconômico: o princípio da centralidade do conhecimento (BELL, Daniel. *The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting*. London: Heinemann Educational, 1974, p. 14).

decisão²³. Afirmar-se isso porque, consoante assinala Luis Fernando Schuartz²⁴, *“qualquer juízo consequencialista contém uma dimensão descritiva, na qual deverá ser positivamente especificada, para cada alternativa de decisão disponível, a sua respectiva consequência”*.

Nessa ordem de ideias, verifica-se que o artigo 20 da LINDB introduziu não só uma regra de concretização dos valores abstratos empregados pelo magistrado para fundamentar a sua decisão, mas também um princípio de explicabilidade das decisões judiciais. Ora, se o parágrafo primeiro do artigo 20 da Lei Geral de Proteção de Dados atribui ao controlador o dever de fornecer, sempre que solicitadas, informações claras e adequadas a respeito dos critérios e dos procedimentos utilizados para a decisão automatizada – consagrando, assim, o direito à explicação²⁵ –, a LINDB não poderia desincumbir o juiz de carne e osso de correlato dever²⁶. Aliás, é nesse sentido que Finale Doshi-Velez e Mason Kortz²⁷ sustentam que a explicação da decisão automatizada não requer o conhecimento do fluxo de *bits* através de um sistema de inteligência artificial, assim como a explicação da decisão humana não exige o conhecimento sobre o fluxo de sinais através dos neurônios; ao revés, a explicação de ambas as decisões impõe a explicitação de

²³ Aqui, importante repisar a ressalva explicitada por Fernando Leal, no sentido de que, “se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas. Nesse ponto, ao exigir que, ao aplicar princípios vagos, o decisor pense nas consequências práticas de sua decisão, o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam” (LEAL, Fernando. “Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15”, em LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.): Transformações do direito administrativo. Consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 27-28).

²⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. “Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem”. Revista de Direito Administrativo, v. 248, mai./ago. 2008, Rio de Janeiro, p. 131.

²⁵ Cf. AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. “A tutela dos direitos de explicação e revisão das decisões automatizadas no Brasil”, em BRAVO, Álvaro Sánchez (Coord.): Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales. 1. ed. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2020, p. 195-219; FREITAS, Juarez. “Direito administrativo e inteligência artificial”. Revista Interesse Público, n. 114, mar./abr. 2019, Belo Horizonte, p. 15-29.

²⁶ Importante se faz consignar, entretanto, que, tratando-se de decisão automatizada, a explicação se dará *ex ante* ou *ex post*, ao passo que, tratando-se de decisão humana, a explicação se dará de forma contemporânea à sua prolação.

²⁷ DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Mason. “Accountability of AI under the law: the role of explanation”. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34372584>. Acesso em: 13 jun. 2020.

como certos fatores foram utilizados para chegar ao resultado em uma situação específica.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

A oxigenação da ciência do Direito promovida pelo neoconstitucionalismo impactou de forma significativa a fundamentação das decisões judiciais. Revelando-se insuficiente a interpretação como mero silogismo entre uma premissa maior (texto normativo) e uma premissa menor (fatos juridicamente relevantes), ante a elevada carga valorativa assumida pelas decisões judiciais, passou a ser atribuído ao juiz o dever de demonstrar, de forma analítica e descritiva, por que considerou determinado texto normativo em prejuízo de outros possivelmente aplicáveis ao caso concreto; por que realizou a atividade de concreção de textos normativos abertos em certo sentido; por que, tratando-se de princípios em confronto, conferiu maior peso a um deles em detrimento de outro; e, finalmente, por que emprestou maior relevância a determinados fatos em prejuízo de outros que tenham sido trazidos ao processo²⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, duas alterações legislativas foram responsáveis por conformar o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais aos pilares que sustentam o pós-positivismo. A primeira delas, materializada no artigo 489 do CPC/2015, busca objetivar as inescapáveis valorações que permeiam a decisão judicial, impondo ao juiz um dever de fundamentação analítica; a segunda delas, materializada no artigo 20 da LINDB, pretende explicitar o raciocínio que conduz a uma dentre as diversas decisões judiciais possíveis, impondo ao juiz um dever de fundamentação descritiva.

Assim, em que pesem as conhecidas dificuldades de ordem estrutural para incrementar a qualidade da argumentação jurídica no cenário jurídico brasileiro, tais como a superlotada agenda de trabalho dos juízes, tem-se que os aludidos

²⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. "Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC", em FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.): Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1, p. 250-251.

dispositivos legais possuem o mérito pedagógico de despertar para a necessária densificação do direito fundamental à motivação das decisões em tempos de proliferação de normas principiológicas – o que, por si só, já merece contundentes aplausos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. "'Neoconstitucionalismo': entre a 'ciência do direito' e o 'direito da ciência'". Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 17, jan./mar. 2009, Salvador.

AZEVEDO, André Jobim de; JAHN, Vitor Kaiser. "A tutela dos direitos de explicação e revisão das decisões automatizadas no Brasil", em BRAVO, Álvaro Sánchez (Coord.): Derecho, inteligencia artificial y nuevos entornos digitales. 1. ed. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. "Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil". Boletim de Direito Administrativo, ano 23, n. 1, jan. 2007, São Paulo, p. 20-49.

BELL, Daniel. The coming of post-industrial society: a venture in social forecasting. London: Heinemann Educational, 1974.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

_____. Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13 jun. 2020.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CHASE, Oscar G. Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context. New York and London: New York University Press, 2005.

CORDEIRO, Carlos José; GOMES, Josiane Araújo. "Motivação das decisões judiciais: estudo à luz do art. 489 do novo código de processo civil". *Revista de Processo*, v. 261, nov. 2016, São Paulo, p. 53-86.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. "Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro". *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 75, jan./mar. 2019, Belo Horizonte, p. 143-160.

DOSHI-VELEZ, Finale; KORTZ, Mason. "Accountability of AI under the law: the role of explanation". Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:34372584>. Acesso em: 13 jun. 2020.

FREITAS, Juarez. "Direito administrativo e inteligência artificial". *Revista Interesse Público*, n. 114, mar./abr. 2019, Belo Horizonte, p. 15-29.

JUSTEN FILHO, Marçal. "Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". *Revista de Direito Administrativo. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei no 13.655/2018)*, nov. 2018, Rio de Janeiro, p. 13-41.

LEAL, Fernando. "Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15", em LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Coord.): *Transformações do direito administrativo. Consequencialismo e estratégias regulatórias*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Rhetoric and the Rule of Law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2010.

MAFFINI, Rafael; HEINEN, Juliano. "Análise acerca da aplicação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (na redação dada pela Lei n.º 13.655/2018) no que concerne à interpretação de normas de direito público: operações interpretativas e princípios gerais de direito administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, set./dez. 2018, Rio de Janeiro, p. 247-278.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O Direito Administrativo no século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

OLIVEIRA, Carlos Aberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

POZZOLO, Susanna. "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, v. 21, n. 2, 1998, San Vicente del Raspeig, Universidad de Alicante, p. 339-353.

ROQUE, Andre Vasconcelos. "Dever de motivação das decisões judiciais e controle da jurisprudência no novo CPC", em FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Coord.): Novas tendências do processo civil. Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2013, v. 1.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. *E-book*.

SCHUARTZ, Luis Fernando. "Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem". Revista de Direito Administrativo, v. 248, mai./ago. 2008, Rio de Janeiro, p. 130-158.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. São Paulo: Malheiros, 2012.

VITORELLI, Edilson. "A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o Direito na era do consequencialismo". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, ago. 2020, Rio de Janeiro, p. 79-112.

28. MEDIAÇÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL

MEDIATION AND JUDICIAL INTERVENTION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-28>

Luciana Amoroso¹

RESUMO

O presente artigo propôs-se a estudar o princípio constitucional da liberdade no contexto da mediação judicial e extrajudicial frente à obrigatória intervenção estatal para homologação de acordos firmados envolvendo direitos indisponíveis, que são os mais indicados para aplicação da mediação. Primeiramente, o estudo apresenta a legislação mais relevante acerca da mediação judicial e extrajudicial no Brasil, assim como, o que toca a obrigatoriedade da homologação judicial. Na sequência, apresentam-se alguns conceitos jurídicos e sociais de liberdade, juntamente à sua relevância e congruência com o Estado Democrático de Direito. Por fim, faz-se um paralelo entre os elementos estudados inicialmente, a dinâmica e limite entre eles. Concluiu-se, então, que a intervenção do judiciário pode até vir a ser afastada em um momento futuro, quando a mediação extrajudicial for aplicada na prática tal como proposta na teoria, ou seja, por meio de profissionais capacitados, com as partes orientadas por advogados, tal como exigido pela Lei de Mediação para o rito judicial. Até lá, entretanto, a aparente limitação do princípio a liberdade (por meio da presença obrigatória do judiciário) torna-se medida de segurança jurídica em defesa de terceiros e dos próprios envolvidos.

Palavras chave: Liberdade. Mediação. Direitos Indisponíveis. Intervenção Estatal.

ABSTRACT

This article intends to study the constitutional principle of Liberty in the judicial and extrajudicial mediation context and the mandatory court intervention in order to confirm the terms of the settlement whether it involves undisposable rights, those are the best subject for mediation. Firstly, the study presents the most recent laws

¹ Mestrado em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil com conclusão prevista para março de 2022. Professora da Clínica de Mediação do Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. Especialista em Formação Acadêmica do Professor Universitário pela PUC/PR (2009). Inglês fluente. Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Atualmente é advogada em Luciana Amoroso - Sociedade Individual de Advocacia. Habilidade e experiência na advocacia e em gestão de processos e pessoas. Certificação como Mediadora Judicial pelo Conselho Nacional de Justiça. Membro da Comissão de Mediação da OAB/PR.

concerning to judicial and extrajudicial mediation in Brazil, and legislation related to mandatory ratification by court. In the wake, some legal and social concepts of liberty are presented along with its relevance and matching related to the Democratic State of Law. Lastly, there is a parallel among the elements initially aborded, their dynamic and mutual limitation. It concludes, so, that judiciary intervention may be dismissed in the future, when extrajudicial mediation practices become the same as in theory, which means that it would be conducted by qualified professional mediators, and parties supported by attorneys, as Brazilian Mediation Act demands for the Judicial rite. Until then, however, the apparent limitation over the principle of liberty (through the mandatory judiciary intervention) becomes a way of promoting legal certainty, by defending third parties and those directly involved.

Keywords: Liberty. Mediation. Undisposable Rights. Judicial Intervention.

1 INTRODUÇÃO

Todo sujeito nasce inserido em um sistema de regras morais e legais, conscientes ou não, que regerão sua conduta durante a vida. Ainda quando criança, em regra, apenas se obedece e se repete um comportamento, mais ou menos como um religioso que cresceu em meio a dogmas não questionados. Com o passar do tempo, contudo, o indivíduo desenvolve um senso crítico e questionador, mas permanece inserido na mesma sociedade, sob o manto das mesmas regras originais, com uma concepção de justiça não muito diferente daquela inicialmente concebida, ao menos no âmbito social. A certa altura da vida, o justo toma uma forma pessoal e particular, enquanto a estabilidade e segurança da convivência social continuam a exigir uma base comum, pré-estabelecida, e controlada por um ente superior, o Estado.

Esse cenário ultrapassa os limites da célula familiar, na qual existe uma figura materna/paterna para harmonizar os ânimos. O Estado se apresenta, então, como regulador. Formalmente, em 1988, por meio da promulgação da Constituição Federal da República, o Brasil passou a reger-se por princípios e garantias em prol de seus próprios fundamentos e existência, tais como, da dignidade da pessoa, da igualdade, da liberdade, do estado democrático de direito. Daí decorre a presunção de que o estado representaria o povo, por meio de políticos democraticamente eleitos, capazes de redigir as leis que conduzirão as relações e disposições dos sujeitos de direito.

Dessa situação emerge o questionamento em torno das regras estabelecidas

e sua representatividade, pois o ordenamento jurídico não apenas regula as relações sociais, mas também rege as disposições sobre o patrimônio, o corpo, a vida e a morte. Na mesma medida, o Estado impõe sua presença, exigindo homologação das autocomposições, sob o pretexto de fiscalização e garantia. Não é possível a criação de regras individuais, que colocariam em risco a estrutura do Estado. Aparentemente, estar-se-ia falando no evitamento de uma espécie de anarquia, mas o que se pretende analisar são os limites da liberdade/autonomia nas autocomposições de conflitos sem intervenção ou participação estatais.

Viver em sociedade implica em relacionar-se cotidianamente com os demais sujeitos de direito. Quando um conflito é instaurado, há diversas formas de solucioná-lo, iniciando-se pelo diálogo, podendo terminar com deliberação entre os envolvidos ou por interferência de um terceiro. O ordenamento jurídico vigente, entretanto, permite que apenas os direitos disponíveis sejam objeto de transação, o que limita em muito as situações que admitem a plena liberdade de resolverem seus próprios conflitos. Ademais, quando há aspectos maiores envolvidos, como a vida e interesses de menores, o Estado impõe sua participação, retirando a autonomia da vontade dos indivíduos, trazendo para si a disposição sobre as medidas a serem tomadas, e cingindo as deliberações individuais, sob a justificativa de estar atuando na defesa daqueles que não tem capacidade de falar por si, e de terceiros.

Conforme repercussões jurídico-sociais, inclusive, o Estado, através da exigência de homologação, pretende preservar sob seu manto as tomadas de decisão extrajudiciais. As liberdades de resolução de conflito estariam limitadas, na medida que dependeriam da validação do Estado que exerceria o poder fiscalizador dos termos da composição para sua completa validade e existência no mundo jurídico.

2 AUTOCOMPOSIÇÃO E INTERFERÊNCIA DO ESTADO

O ano de 2015 foi legislativamente marcado tanto pelo atual Código de Processo Civil, como pela Lei de Mediação². Ambas normas legais destacam-se pela

² BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jun. 2015.

valorização e estímulo dos métodos autocompositivos para resolução de conflitos, seguindo uma tendência internacional, já consolidada em diversos outros países³. Da Lei 13.105/2015⁴, destacam-se especialmente os artigos 3º, §§2º e 3º, 165 a 175, e 334 nesse sentido, enquanto a Lei 13.140/2015 dispõe em sua integralidade sobre o procedimento a ser adotado em Mediação em diversas ocasiões, muito embora não seja a única forma adequada de solução de conflitos disponível no Tribunal Multiportas.

Das contribuições trazidas pela Lei de Mediação, merece especial atenção a atribuição expressa de natureza executiva ao termo final da mediação que alcançar acordo⁵, ainda que extrajudicialmente. A aparente evolução, contudo, ainda se apresenta longe do ideal, pois confere tratamento diferente entre o procedimento judicial e o extrajudicial, que carece de homologação judicial e oitiva do Ministério Público quando o consenso das partes envolver "direitos indisponíveis, mas transigíveis" (artigo 2º, § 2º da Lei de Mediação).

Consideram-se direitos indisponíveis aqueles "dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade".⁶ A ideia remete imediatamente à Constituição Federal, cuja natureza torna os "direitos" em garantias não apenas individuais, mas coletivas e indispensáveis para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. A amplitude da concepção mencionada, entretanto, transforma em regra a necessidade de homologação judicial, que deveria ser exceção. Além disso, restringe e desestimula a autonomia dos indivíduos para disporem acerca de seus direitos de forma extrajudicial, uma vez que a questão deverá necessariamente ser submetida ao judiciário. A isso, acrescentam-se os artigos 840 e seguintes do Código Civil, e a possibilidade de transação estará limitada a "direitos patrimoniais de caráter privado."⁷ Resta, portanto, pouco espaço para desenvolvimento da liberdade sem intervenção. Conclui-se, portanto, que a Lei

³ Especialmente na Europa e na América do Norte.

⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

⁵ Art. 20. (...) Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

⁶ Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis>%2C%20consulta. Acesso em 20 set. 2020.

⁷ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Art. 852

13.140/2015 não ampliou tanto o escopo transacional previsto no Código Civil, mas apenas reforçou a possibilidade de fazê-lo extrajudicialmente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIX, item 2, dispõe acerca da necessidade de limitação da liberdade dos indivíduos para tanto, porém, "exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática."⁸ Por conseguinte, essa interferência estatal encontra, portanto, fundamento na manutenção da democracia. Ingo Wolfgang Sarlet destaca a importância dos direitos fundamentais para manutenção do Estado: "constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material."⁹

A limitação da liberdade de dispor sobre alguns direitos é medida estatal para proteção desses mesmos direitos, tendo em vista a realização de outro direito fundamental¹⁰, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Trata-se, deste modo, de uma questão de segurança, pois permitir ao sujeito viver como bem entender implicaria em "permanente insegurança e guerra."¹¹ Ao fazer menção ao posicionamento de Walter Euchner, Marcos Augusto Maliska esclarece que abdicar da liberdade natural é garantir a proteção da liberdade em si.¹²

Soma-se a essa concepção o Contrato Social de Jean-jacques Rousseau, que apresenta o conceito de liberdade civil, que é limitada pela vontade geral.¹³ Essa proposta ganha maior proporção e validade na medida em que sua natureza reforça a própria democracia. Nas palavras de Maliska: "A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática."¹⁴ Para reforçar esse

⁸ Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 20 set. 2020.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. "A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional." 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.46

¹⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia." São Paulo: Malheiros, 2010. 2. ed. p.169-170

¹¹ MALISKA, Marcos Augusto. "O Estado Moderno". *En. Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional*. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität). p.14-55

¹² Ibidem. p.19

¹³ Ibidem. p.22

¹⁴ Ibidem, p.46

pensamento, segundo Bobbio, "sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos".¹⁵

Depreende-se, assim, que a interferência estatal nas relações particulares é necessária para garantir a harmonia social, a segurança jurídica, bem como uma forma de manutenção dos direitos fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, inclusive para promoção da paz. Muito embora a questão em torno do conceito exato dos direitos fundamentais careça de resposta, sua banalização não é recente¹⁶, e merece especial atenção justamente para fortalecimento e identidade. Todavia, diante dos limites do estudo proposto, mais importante do que conceituá-los é identificar a melhor forma de harmonizar a garantia de liberdade com a intervenção estatal, mediante identificação de prioridades e valores. Para tanto, é essencial reforçar, como clarifica Ingo Wolfgang Sarlet, que a dignidade humana é o maior dos princípios¹⁷. Dignidade humana e liberdade caminham juntas, conforme adiante se verá, porquanto a liberdade individual merece ser estudada como meio de emancipação e independência, sem prejuízo do preceito mencionado.

3 LIBERDADE E JUSTIÇA DEMOCRÁTICA

Não se pretende aqui diminuir a importância da proteção aos direitos fundamentais, mas repensar a relevância do princípio da liberdade individual frente a intervenção estatal para garantia de paz social, justiça e democracia. Até porque, a aparente incompatibilidade, em verdade, depende da harmonização e do adequado sopesamento dos elementos, pois não são excludentes, mas se somam, se fortalecem, e são indispensáveis. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade: "os direitos fundamentais são pressupostos elementares (...) tanto para o indivíduo

¹⁵ BOBBIO, Norberto. "A era dos direitos". Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. "A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional". 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.34

¹⁷ Ibidem. p.35

como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre".¹⁸

A liberdade pode ser concebida sob diversos pontos de vista. No contexto jurídico, apresenta-se como garantia constitucional. Ao tratar do assunto, Sanchis faz menção ao Tribunal Constitucional Alemão, que protege o livre desenvolvimento da personalidade, limitando-o, porém, aos direitos dos outros, a ordem constitucional e a moral.¹⁹ Essa disposição legal representa a liberdade no Brasil também, na medida em que expressamente traz exceções ao livre dispor sobre si. Para John Locke, a liberdade estaria limitada à lei da natureza, sendo que os sujeitos poderiam agir "sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem"²⁰. Immanuel Kant, por outro lado, dissocia liberdade de lei natural, ao afirmar que agir para atender à própria fome, por exemplo, seria apenas obedecer a uma necessidade, pois a verdadeira autonomia implicaria em agir conforme lei que o sujeito impõe a si.²¹ O filósofo alemão entende, ainda, que há uma intrínseca relação entre liberdade e justiça, o que se apresenta um tanto pertinente para o presente estudo, uma vez que a liberdade de dispor de seus próprios direitos independentemente de aval do Estado tem íntima conexão com o conceito de justiça.

John Stuart Mill ressalta a soberania que o indivíduo tem sobre seu "corpo e sua própria mente"²², respondendo perante a sociedade apenas no que concerne aos outros, sujeitando-se a "quaisquer consequências que daí resultem: (...), mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorreta. (...), partindo-se do princípio de que as pessoas que compõem o grupo são maiores de idade e não foram forçadas, ou enganadas."²³ O sujeito de direito é livre para dispor sobre si e firmar acordos, desde que não prejudique terceiros ou atinja os preceitos do Estado Democrático do

¹⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", 5ª. ed. Almedina: Coimbra, 2012, p. 108

¹⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. "*Justicia constitucional y derechos fundamentales*". Trotta: Madrid, 2003. Cap.5

²⁰ LOCKE, John. "Dois tratados sobre o governo". Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 382.

²¹ SANDEL, Michael J. "Justiça – O que é fazer a coisa certa". Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.141

²² MILL, John Stuart. "Sobre a liberdade". Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>.

Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro : Nova Fronteira, 2011. p.26

²³ Ibidem. p.28

Direito.

Owen M. Fiss, entretanto, apontou algumas fragilidades das autocomposições, que vão além da liberdade, e questionam a legitimidade dessa forma de resolução de conflito, tais como: a dificuldade de plena compreensão do que está sendo acordado; a influência dos procuradores e de seguradoras; a situação momentânea na qual a parte se encontra (emocional e financeira); acréscidos da diferença monetária e intelectual entre os envolvidos, que tendem a influenciar a negociação²⁴. Essa última recebe especial atenção, pois remete à falta de equidade entre os interessados, que poderia ser compensada pelos instrumentos legais e processuais nesse sentido pelo meio judicial.

Ainda assim, os instrumentos da mediação, o conceito de justiça, e a promoção da paz social²⁵ admitem e sustentam a autocomposição como melhor forma de solução de conflitos. Muito resumidamente, esclarece-se que os argumentos de Fiss não estão totalmente equivocados, mas não podem ser considerados verdade absoluta, pois não estão presentes em todas as circunstâncias, muito menos àquelas mais adequadas à mediação: as relações continuadas²⁶. Essa não é sua única indicação, mas certamente a mais proveitosa. Ademais, em resposta às críticas de Fiss, outras considerações hão de ser apresentadas. Quanto à ignorância jurídica em torno dos termos do acordo, mister enfatizar a importância de os envolvidos estarem assessorados por seus respectivos advogados²⁷. Os demais pontos são superados pelo preparo do mediador²⁸ (não exigido pela respectiva Lei para a forma extrajudicial), e pela evitação de concretizar-se um acordo em primeira sessão de mediação. As palavras de Pozzatti Junior e Kendra ressaltam a indispensabilidade da equidade na mediação, que sempre será preservada pelo mediador. "O equilíbrio entre as partes é uma grande

²⁴ FISS, Owen. "Against Settlement". en: *The Yale Law Journal*. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984. p.1073-1090

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição: República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Preâmbulo.

²⁶ SIX, Jean-François. "Dinâmica da Mediação". Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

²⁷ Muito embora a Lei de Mediação dispense a obrigatoriedade no âmbito extrajudicial.

²⁸ "A capacitação em mediação de conflitos inclui, necessariamente, conhecimentos metodológicos de caráter interdisciplinar e as habilidades da sua arte." En VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas". 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p.60.

preocupação no procedimento da mediação, pois caso contrário não se obterá êxito.”²⁹

As técnicas envolvidas³⁰ somadas aos resultados positivos indicados pelo Conselho Nacional de Justiça³¹ sinalizam e reforçam a eficiência da Mediação na resolução de conflitos. Premente destacar especialmente a relação estabelecida entre mediação e democracia, sendo uma forma de concretização desta. Pozzatti Junior e Kendra ressaltam que a mediação pode ser “a melhor forma de realização da autonomia/emancipação, democracia e cidadania. Isto, na medida em que educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros”³². Na mesma obra, os mesmos autores acrescentam que “o que se propõe é que pacifique sem decidir, e não decidir sem pacificar”.³³

4 MEDIAÇÃO, INAFASTABILIDADE ESTATAL E DIREITOS INDISPONÍVEIS

Uma das principais características da mediação é a emancipação promovida aos envolvidos. Nesse caso, o sentido não é jurídico, mas social, na medida que educa e encoraja as partes a comporem conjuntamente a mais apropriada forma de dissolver o dilema em que se encontram. Isso se dá por meio da promoção do diálogo, especialmente relevante nas relações familiares, tendo em vista a continuidade das relações e sua relevância como núcleo da sociedade.³⁴ Surge, então, uma verdadeira contradição, pois neste terreno fértil para a mediação – a família – estão os direitos indisponíveis que, em grande parte, exigem a presença do Ministério Público e homologação judicial. Tais exigências se justificam pelo

²⁹ POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. “Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdicional”. *En: Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020. p.31

³⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. cit. p.149-210.

³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

³² POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. Op. cit. p.28-29.

³³ Ibidem. p.30

³⁴ SIX, Jean-François. Op. cit. p.58.

envolvimento de crianças e adolescentes, que não possuem autonomia para falarem por si.

De um modo geral, os conflitos familiares envolvendo menores discutirão questões relativas a guarda, alimentos e convivência, cujas tomadas de decisão, em tese, não poderiam prejudicar os envolvidos. Além disso, outra proposta da mediação é a construção de soluções exequíveis, realistas, e passíveis de cumprimento. Não obstante a aparente perfectibilidade da medida, o Superior Tribunal de Justiça admitiu que os termos de um acordo fossem modificados quando de sua homologação, para majorar o valor dos alimentos de R\$ 50,00 para R\$ 100,00 mensais, mantendo-se os demais termos.³⁵ Em que pese a aparência irrisória dos valores, certamente sua fixação correspondia à realidade dos envolvidos, e não a do juízo. Majorá-los coercitivamente pode ser medida inócua, tendo em vista que o mais provável é que seja ignorada por quem recebe os R\$ 50,00 (e se satisfaz), ou inexecutável, por incapacidade financeira de quem paga.

A problemática da situação não está resumida ao interesse e à possibilidade dos envolvidos, mas se estende à complexidade dos demais elementos considerados pelas partes para entabularem um acordo. Em outra ocasião submetida ao STJ, foi homologado acordo, com modificações apresentadas por apenas uma das partes envolvendo a guarda de menor, ainda que não houvesse manifestação do outro responsável. Eis a fundamentação do acórdão:

o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se

³⁵ "A percepção de alimentos configura direito indisponível e irrenunciável dos filhos, desautorizando renúncia ou transação dos genitores que possam prejudicá-los. Cabe ao juiz da causa avaliar a regularidade do ato e o seu alcance, antes de homologá-lo, avaliando se ele prejudica os interesses dos incapazes envolvidos no feito." *En*: Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1391790/TO. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

retratar.³⁶

Por outro lado, no mesmo caso, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou seu voto-vencido, no sentido de que a homologação de uma transação nesses termos significaria “impor uma transação a fórceps, com manifesto desequilíbrio entre as partes, violação da autonomia da vontade por não observância da consensualidade e ofensa ao princípio da paridade de armas”. No mesmo voto, o Ministro acrescenta que:

Por fim, entender de modo diverso seria admitir que a transação se subordina à vontade de apenas uma das partes, o que é contrário à própria natureza do negócio jurídico em si, que deve ser interpretado de forma restritiva, porquanto negócio benéfico que limita intencionalmente os direitos obrigacionais dos envolvidos justamente para prevenir ou findar controvérsias. Resulta latente dos autos que não há como se impor parcela do acordo em feito judicial já instaurado e com notória litigiosidade.³⁷

A questão, portanto, permanece em torno do melhor interesse do menor, sem ignorar a presença de divergência sobre qual seria a melhor forma de protegê-lo. Considerando-se a hipótese desse mesmo acordo não se submeter ao crivo judicial, as partes estariam obrigadas a retomar o diálogo e adequar a situação à modificação sofrida, sem o prejuízo da espera e a submissão a imposição de terceiro alheio às suas necessidades - o judiciário – cuja fragilidade é confirmada pela própria divergência apresentada.

Por outro lado, há “responsáveis” legais capazes de prejudicar seus filhos, colocando-os aquém de seus interesses egoísticos, físicos ou emocionais, utilizando-se dos menores como moeda de troca em determinada negociação, ou mesmo abusando literalmente para obtenção de prazeres que deturpam qualquer

³⁶ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

³⁷ Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

ideia de proteção e responsabilidade³⁸. Ainda que não sejam regra, a gravidade das exceções certamente justificaria uma intervenção estatal para evitá-la. Todavia, essa atuação do estado não corresponde ao evitamento de sua ocorrência, posto que a presença do Ministério Público e a homologação judicial de um acordo - por preencher as exigências legais e constitucionais - infelizmente, não afastam a possibilidade de usurpações da infância e da adolescência daqueles que mais deveriam estar protegidos.

A questão que se apresenta, então, é se o remédio (Estado) é eficaz e necessário no formato legal existente, ou se é pior que a "doença", verificada na incapacidade (igualmente questionável) dos sujeitos de resolverem de forma equilibrada seus próprios conflitos.³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O homem é composto de razões, emoções e desejos, que certamente o influenciam na tomada de decisões, cujos reflexos normalmente geram consequências que vão além de seus próprios interesses. Dar-lhe liberdade para agir como melhor entender é respeitar suas particularidades, mas não a controlar é assumir o risco de que prejudique a si e aos outros sujeitos que o circundam. Nessa toada, o Estado se impõe e regula as relações pessoais e interpessoais, em tese, no formato constitucional democrático. Os limites da intervenção estatal na liberdade individual, sob o pretexto de proteção da dignidade humana, aparentam estar além do razoável, na medida em que impingem aos envolvidos que submetam os termos construídos em sua negociação e que alcançam e preservam seus interesses ao crivo de um terceiro.

A situação remete a Ulisses (da mitologia Grega), que (muito resumidamente) capitaneava um navio, e ordenou que o amarrassem e tapassem seus ouvidos para que não caísse em tentação quando ouvisse o canto das sereias, protegendo a si e a

³⁸ GOVERNO FEDERAL. "Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes". Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 21 set. 2020

³⁹ KOZICKI, Robert. "Anarquia, Estado e Utopia". Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.p.12

toda a tripulação. A medida tomada pode ser comparada à submissão dos sujeitos aos ditames do Estado, para viver em sociedade. Remanesce, entretanto, sem resposta, se essa proteção é necessária, e se seu formato é eficaz e proporcional, posto que não se pode aferir se é real o "perigo" de prejudicar a si e aos outros por se render aos seus impulsos e sentimentos (o canto da sereia). Acrescenta-se a isso que eventual ilegalidade careceria de eficácia jurídica, e que a própria exequibilidade de eventual disposição equivocada seria impossível em momento futuro, quando então a atuação do Estado seria indispensável.

Nesse contexto, tratando-se especificamente das autocomposições, os instrumentos da mediação, quando bem aplicados, são capazes de proporcionar equidade e emancipação dos envolvidos, uma vez que promove o diálogo e permite a construção racional da melhor solução aos conflitos. A assessoria às partes por seus advogados completa o cenário ideal para que os interessados sejam capazes de controlar os riscos e responsabilidades assumidos, promovendo a efetiva pacificação social proposta no preâmbulo da Constituição Federal do Brasil. Quando envolve direitos de incapazes, especialmente crianças e adolescentes, a situação é cercada de limites ainda mais rigorosos quando em processo civil, mas não deixam de ser apropriados para solução amigável, em termos práticos.

Enquanto as exigências legais da Mediação Extrajudicial forem incompatíveis com a proposta teórica da Mediação, tal como ocorre no seu formato Judicial, a submissão dos acordos à homologação pelo Judiciário apresenta-se como medida mais adequada para controle e proteção dos envolvidos e de terceiros, na medida em que não coíbe a liberdade do sujeito, mas garante-a como instrumento do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis>)%2C%20 consulta. Acesso em 20 set. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. "Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", 5ª. ed. Almedina: Coimbra, 2012.

BOBBIO, Norberto. "A era dos direitos". Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). "Constituição": República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. "Diário Oficial da União", Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. "Diário Oficial da União", Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação. "Diário Oficial da União", Brasília, DF, 27 jun. 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. "Justiça em Números 2020: ano-base 2019". Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

FISS, Owen. "Against Settlement". *en: The Yale Law Journal*. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984.

GOVERNO FEDERAL. "Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes". Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 21 set. 2020.

KOZICKI, Robert. "Anarquia, Estado e Utopia". Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LOCKE, John. "Dois tratados sobre o governo". Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Moderno. In. "Os Desafios do Estado Moderno". Federalismo e Integração Regional. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität). p.14-25.

MILL. John Stuart. "Sobre a liberdade". Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>. Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. "Declaração Universal dos Direitos Humanos". Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 20 set. 2020.

POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana." Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdicional". En: Revista Direitos Fundamentais e Democracia. v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020.

SANCHÍS, Luis Prieto. "*Justicia constitucional y derechos fundamentales*". Trotta: Madrid, 2003.

SANDEL, Michael J. "Justiça – O que é fazer a coisa certa". Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. "A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional." 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia." 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIX, Jean-François. "Dinâmica da Mediação". Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no Recurso Especial 1391790/TO. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1756100/DF. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas". 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

29. DECISÕES ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS E A LINDB NA PERSPECTIVA DO CONSEQUENCIALISMO – UM NORTE DE SEGURANÇA JURÍDICA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADMINISTRATIVE AND JUDICIAL DECISIONS AND LINDB FROM THE PERSPECTIVE OF CONSEQUENTIALISM – A DIRECTION OF LEGAL SECURITY IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-29>

Adriana da Costa Ricardo Schier¹

Marco Antonio Lima Berberi²

RESUMO

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) trouxe balizas hermenêuticas suficientes para a contenção de decisões judiciais e administrativas

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998), mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2001) e Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2009). Estágio Pós-Doutoral em Direito Público pela PUC-Pr (2018) Professora de Direito Administrativo do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil - na Graduação, no Mestrado e Doutorado em Direito e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar - Curso de Pós-Graduação em Direito Administrativo. Pesquisadora do Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional - NUPECONST, líder da linha de pesquisa "Direito Administrativo e Estado Sustentável? DAES?". Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Presidente da Comissão de Serviços Públicos do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Vice-Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Membro da Comissão de Gestão Pública da OAB-Seccional Paraná. Advogada e Consultora.

² Graduado na Universidade Federal do Paraná - UFPR (1993). Pós-graduado pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos - IBEJ (1994). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2002). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR (2018). Professor na graduação e no PPGD do Curso de Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Autor do livro Os Princípios na Teoria do Direito. Coautor do livro Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal (capítulo escrito: Reflexos da pós-modernidade no sistema processual penal brasileiro), organizado pelo Professor Doutor Jacinto Nelson Miranda Coutinho. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Paraná, desde 1994. Procurador do Estado concursado, desde 1996. Foi Procurador Geral do Estado, Diretor Geral da Secretaria de Segurança Pública, Chefe da Coordenadoria Técnica-Jurídica da Casa Civil do Governo do Paraná, Presidente do Instituto de Pesos e Medidas do Paraná (IPEM, autarquia estadual), Presidente do Conselho Administrativo da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar), Membro do Conselho Administrativo da Companhia de Habitação do Paraná (Cohapar). Membro da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional Paraná. Ex-membro das Comissões da Diversidade Sexual e da Verdade, na mesma seccional da OAB. Atualmente é pesquisador (i) do Núcleo de Pesquisa em Direito Civil-Constitucional da UFPR (Grupo "Virada de Copérnico") e (ii) do Grupo de Pesquisa CNPQ NUPECONST, linha de pesquisa: Direitos fundamentais e relações privadas.

baseadas em opiniões ou anseios dos julgadores, que podem dar margem à insegurança jurídica e quebra da isonomia de tratamento entre as partes. Em especial, o art. 20, da referida lei, impõe que a aplicação do Direito – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial – se dê com lastro em fundamentação jurídica relevante e não meramente na adoção de valores juridicamente abstratos, bem como que se considere as consequências práticas da decisão. Nesta senda, como se quer uma conjunção entre os requisitos para a melhor decisão, não se pode pensá-la pelo viés apenas consequencialista, sob pena de negação de direitos fundamentais. Na análise feita sobre a decisão da ADI n. 1.923, da qual surgiu a possibilidade do Estado optar pela prestação direta de serviços de saúde e educação, ou pelo fomento a tais atividades, com parcerias com o terceiro setor, ficou patente que a decisão do administrador público deve ser escorada no exame das consequências de sua escolha entre uma possibilidade ou outra, com a necessária fundamentação. Com isso, o decidiu-se que o poder público pode lançar mão do fomento em substituição à sua atuação direta, desde que esta hipótese seja mais oportuna e conveniente, diante do caso concreto, com vistas à realização dos direitos fundamentais.

Palavras-chaves: Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB); decisão judicial; decisão administrativa; consequencialismo; fundamentação adequada.

ABSTRACT

The “Introduction to Brazilian Law” Statute (LINDB, in Portuguese) brought enough hermeneutical beacons to contain judicial and administrative decisions based on the opinions or desires of the judges, which may give rise to legal uncertainty and breach of the equality of treatment between the parties. In particular, article number 20, of the aforementioned law, imposes that the application of the Law – be it in the administrative sphere, or in the judicial sphere – must be based on relevant legal basis and not merely on the adoption of legally abstract values, as well as that the practical consequences of the decision. In this way, as a conjunction between the requirements for the best decision is desired, it cannot be thought of only by a consequentialist bias, under penalty of denial of fundamental rights. In the analysis made on ADI’s decision number 1.923, from which arose the possibility for the State to choose to directly provide health and education services, or to encourage such activities, in partnership with the third sector, it was clear that the decision of the public administrator must be supported in examining the consequences of his/her choice between one possibility or another, with the necessary justification. With this, the government can resort to fostering instead of its direct action, provided that this hypothesis is more opportune and convenient, given the specific case, with a view to the realization of fundamental rights.

Keywords: Introduction to Brazilian Law Statute (LINBD); judicial decision; administrative decision; consequentialism; adequate reasoning.

INTRODUÇÃO

O Direito brasileiro, construído sobre as ruínas do Positivismo Jurídico e

sobre os alicerces – quase líquidos – do Pós-positivismo, vem enfrentando dilemas cotidianos diante da proliferação de decisões – administrativas e judiciais – que diuturnamente vêm afastando a aplicação dos comandos normativos editados pelo legislador democrático. Tais circunstâncias decorrem de um sistema normativo que abrange regras e princípios, sendo estas normas de cunho bastante abstrato que, aplicados de forma equivocada, legitimam decisões contrárias aos valores estruturantes do Estado Democrático de Direito. Tal estado de coisas decorre tanto do desconhecimento na utilização dos métodos hermenêuticos compatíveis com tais espécies normativas, quanto da atuação de agentes decisórios desvinculados dos compromissos constitucionais.

Esse contexto vem gerando dificuldades especificamente no que tange à segurança jurídica e à isonomia de tratamento decorrente de decisões judiciais e administrativas. No âmbito jurisdicional, a matéria encontra reflexão no âmbito da análise crítica dos temas voltados ao ativismo judicial³ e do pan-principiologismo, expressão cunhada por Lenio Luiz Streck⁴. Já no âmbito do Direito Administrativo, a discussão gira em torno da formulação das políticas públicas⁵, dos limites de controle do ato administrativo discricionário⁶ e da possibilidade de decisões administrativas fundadas em juízo de ponderação que, por vezes, flexibilizam a aplicação do princípio da legalidade estrita.

O estabelecimento de balizas que permitam o enfrentamento de tais temas parece ser o mote que levou à edição da LINDB, a chamada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, Lei n. 13.655, editada em 25 de abril de 2018. Tal lei, ao repaginar a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, tratou igualmente de normas aplicáveis ao Direito Público. Tem-se, com tal tratativa, uma maior aposta em

³ Ver, sobre o tema, Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. "O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial". In: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.

⁴ Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁵ Ver, sobre o tema, Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

⁶ Freitas, Juarez. O controle dos atos administrativos. São Paulo: Malheiros, 2013.

instrumentos eficazes de gestão e controle, na busca do aprimoramento da gestão pública⁷, em prol da boa administração⁸.

Tais desideratos parecem mais próximos de ser alcançados mediante dispositivos que impõem limites e ônus aos agentes administrativos, notadamente no que se refere à fundamentação de suas decisões, que deverão ser editadas em respeito à legislação, mas também conectadas ao chamado “Direito real”⁹. Permite-se, assim, uma maior sindicabilidade das decisões fundadas em juízos discricionários.

No presente ensaio pretende-se, então, analisar especialmente o art. 20, da referida legislação, que impõe que a aplicação do Direito – seja na esfera administrativa, seja na esfera judicial – considere as suas consequências práticas¹⁰, que deverão ser tomadas com base em ampla fundamentação empírica¹¹.

A partir de análise crítica busca-se apreciar o diálogo das opções consequentialistas no âmbito do Direito em cotejo com a proteção dos direitos fundamentais. Analisa-se, como caso paradigma, a decisão proferida pelo STF, no julgamento da ADI n. 1.923.

Das balizas impostas pela LINDB na aplicação do Direito com base em valores jurídicos abstratos

O art. 20, da LINDB, impõe o afastamento das decisões lastreadas em opiniões ou anseios dos julgadores, na medida em que determina a atenção não só aos pressupostos do julgamento – adequação jurídica dos fundamentos –, como na efetivação do resultado, com vistas à exequibilidade.

Nessa seara, despontam as previsões do art. 20, e seu parágrafo único:

⁷ Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. “A nova LINDB e os problemas da argumentação consequentialista”. In: Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

⁸ Freitas, Juarez. Sustentabilidade. Direito ao futuro. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

⁹ Moraes, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. Op. cit., p. 512.

¹⁰ Idem.

¹¹ Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequentialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniaolindb-quadrantes-consequentialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2019.

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

De acordo com Marçal Justen Filho, o principal objetivo de tal dispositivo é reduzir a indeterminação das decisões estatais, fundadas, por vezes, em princípios abstratos¹². Para Carlos Ari Sundfeld, o referido dispositivo visa conferir um ônus aos agentes públicos que, atualmente, se consideram autorizados a decidir com base em retórica, sobretudo para impor obrigações ao Estado. De acordo com o mesmo autor, a norma pretende reduzir o âmbito de interpretações casuísticas que negam coerência na aplicação do Direito. Já Floriano de Azevedo Marques e Rafael Vêras de Freitas sustentam que com a edição de tal preceito espera-se "interditar a utilização indiscriminada de abstrações nas razões de decidir – as quais, nos últimos anos, serviram para ampliar o espectro de poder de instituições"¹³.

A partir deste quadro, então, desponta a questão central suscitada para o presente ensaio: qual o sentido possível ao conceito normativo que se poderia extrair *de decisões administrativas, de controladoria e judiciais fundadas em "valores jurídicos abstratos"* e quais as suas consequências práticas, investigando-se, ainda, quais os juízos de motivação possíveis às decisões fundadas em tais termos.

Nos limites do presente trabalho, entende-se por valor jurídico abstrato aquele que não encontra sua definição explícita em norma jurídica concreta¹⁴, extraíndo-se sua expressão jurídica em termos como justiça, bem comum, liberdade, igualdade, interesse público, dignidade humana, por exemplo. Adotando-se a perspectiva de Marçal Justen Filho, tais referenciais correspondem a uma multiplicidade de

¹² Justen Filho, Marçal. "Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

¹³ Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

¹⁴ Idem.

sentidos e ingressam no mundo jurídico principalmente mediante normas de natureza principiológica. Trata-se da dimensão axiológica do ordenamento jurídico¹⁵.

Portanto, parece ser possível uma primeira aproximação no sentido de que o valor jurídico abstrato é o conteúdo que se depreende dos princípios que integram, explícita ou implicitamente, o ordenamento jurídico. Daí que a regra em comento visa, justamente, impedir que a autoridade omita o real *valor* que direciona sua atuação, reportando-se a valores abstratos destituídos de pertinência com a situação em pauta¹⁶. Além disso, visa impedir decisões que, fundadas em tais valores jurídicos abstratos escamoteiam qualquer juízo de concreção, admitindo os princípios como verdadeiras "cartas-coringas" que servem a legitimar qualquer decisão¹⁷. Ou, ainda, conforme adverte Irene Nohara, impede que se admita um *supertrunfo* "de um jogo de cartas marcadas, sem que os argumentos concretizados de ponderação sejam trazidos às claras"¹⁸.

Observa-se que não resta proibida, pelo dispositivo, a invocação a valores abstratos como fundamentos da decisão tomada¹⁹. O que se impõe, contudo, é que a autoridade que decide atenda o ônus argumentativo que possa demonstrar, a partir de juízos concretos, que a solução adotada é pertinente (i) ao ordenamento jurídico interpretado sistematicamente e (ii) às consequências concretas que serão produzidas²⁰. Exige-se, portanto, do agente, que se realize uma projeção, uma análise de causa-efeito que considere a relevância política, social e econômica das decisões adotadas²¹.

Ainda que os limites do presente ensaio não permitam maiores digressões,

¹⁵ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 26.

¹⁶ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 28.

¹⁷ Os valores, portanto, tornados jurídicos pelos princípios, não podem se prestar a um argumento de autoridade hermenêutica sem que o decisor tenha o dever (ônus) de perquirir os efeitos desta decisão. (Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.)

¹⁸ Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018, p. 28.

¹⁹ E nem poderia, afinal, pois são os princípios que permitem admitir "a Constituição como verdadeiro fundamento material de toda ordem jurídica, de modo que será possível sustentá-la como um Pacto dotado de verdadeira reserva de justiça". Com isso, "os princípios passam a caracterizar o próprio 'coração das constituições', iluminando a leitura de todas as questões da dogmática jurídica, que devem passar pelo necessário processo de filtragem constitucional axiológica" (Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999, p. 3).

²⁰ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 29.

²¹ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 20.

percebe-se que tal dispositivo só traduz, normativamente, as exigências que Robert Alexy há muito já impunha ao tratar da *norma de decisão*. Segundo ele, a solução dos casos concretos em que haja a incidência de princípios exige do intérprete um juízo de concreção que possa considerar as circunstâncias efetivas em que será aplicado o Direito²². Ou seja, exige-se que o intérprete procure, "à vista dos resultados da Ciência do Direito, assumir um compromisso efetivo com as reais aspirações das bases sociais"²³. Tal discussão remete ao cerne da questão do deslocamento do eixo da Teoria do Direito para a Teoria da Argumentação proposta pelo neoconstitucionalismo²⁴. Dado o caráter de abertura axiológica dos princípios consagrados na Constituição, várias respostas poderão ser consideradas corretas do ponto de vista normativo (correção normativa) e assim o problema se torna o de saber qual é a melhor decisão no plano da validade factual. Na perspectiva da LINDB, parece ser possível afirmar que o legislador optou por estabelecer as balizas que irão definir a legitimidade das decisões em face da exigência de sua fundamentação/motivação, considerando-se os seus efeitos concretos.

Os autores que tratam do tema, em sua maioria, preocupam-se em afirmar que, apesar do teor do texto normativo, não se está admitindo a teoria consequencialista do Direito, fundada na doutrina de Posner, por exemplo²⁵. Sustentam que não há que se admitir o abandono dos referenciais normativos nas soluções propostas, mas tão somente buscar-se um *devido processo legal decisório*, interessado nos *fatos*, em que seja possível, através da motivação, verificar se a decisão foi necessária, se foi a mais adequada, considerando as alternativas possíveis, em face de suas consequências concretas. Como advertem Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas, exige-se do agente uma motivação

²² Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993, p. 89 e ss.

²³ Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". In: *Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

²⁴ Ver, por todos, Sanchis, Pietro *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In: Miguel Carbonell Sánchez (coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.

²⁵ Posner, Richard. *Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e Posner, Richard. *A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007 e, ainda, Pogrebinschi, Thamy. "A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)". In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

que vai além do art. 50, da Lei n. 9.784/99, com o objetivo de permitir o controle de tais decisões²⁶. É a exigência, portanto, de uma rigorosa justificação diante da utilização dos valores jurídicos abstratos advindos dos princípios.

A partir daí, nesse âmbito de discussão propôs-se enfrentar o debate sobre quais os juízos de motivação possíveis às decisões públicas descritas no art. 20. Ou ainda, a identificação dos critérios de mensuração da necessidade e adequação das decisões tomadas.

Apesar da redundância da conclusão, parece que tais critérios deverão ser definidos a partir do caso concreto, a partir da incidência dos valores abstratos dos princípios incidentes concretizados em face dos efeitos produzidos pela decisão. A solução legítima será aquela, então, permitida pelo ordenamento jurídico que seja a mais adequada (que tenha aptidão para produzir os efeitos pretendidos), necessária (que seja a que impõe soluções menos intensas aos valores em jogo) e proporcional em sentido estrito (que não sacrifique valores protegidos constitucionalmente)²⁷. Exige-se, portanto, como adverte Irene Nohara, que o agente examine as alternativas, as opções e os impactos de suas decisões, demonstrando sua motivação concreta e mais: que a solução adotada é superior às demais²⁸.

A interpretação consequencialista e o diálogo com os direitos fundamentais

A partir de tais aproximações, propõe-se o debate de duas questões bastante pontuais. A primeira, uma ponderação trazida por Irene Nohara que, de certa forma, traduz em linhas gerais as críticas feitas à adoção de argumentos consequencialistas: ainda que seja fundamental apreciar os efeitos produzidos pela decisão tomada, tal análise poderá se sobrepor à proteção dos direitos fundamentais?

Marçal Justen Filho, na seara nacional, parece resolver a questão, ao menos no âmbito administrativo, ao afirmar que a competência do agente público “não compreende o poder jurídico para promover uma solução qualquer, não compatível

²⁶ Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. Op. cit.

²⁷ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 31.

²⁸ Nohara, Irene Patrícia. Op. cit., p. 28.

nem autorizada pelas normas objeto de aplicação"²⁹.

Parece ser necessário, mais uma vez, o socorro aos autores que tratam da teoria dos princípios para se admitir que a referência inicial para o intérprete é dada pelo catálogo normativo. Assim, a análise das circunstâncias fáticas e dos efeitos das decisões deverá ser relevante para formar a norma de decisão que não pode ser contrária ao preceito legislado³⁰. Partindo dessa premissa, por exemplo, jamais seria legítima uma decisão que negue a concessão de medicamentos (medicamento essencial para a concretização do núcleo essencial do direito fundamental à saúde) sob a justificativa de que a escassez de recursos implicaria, com a concessão do referido medicamento, a impossibilidade de atendimento de outras demandas (análise consequencialista).

Outra discussão que pode ser suscitada, que traz à tona a análise crítica da utilização dos efeitos concretos como critério (quase que único) a balizar o entendimento do administrador em detrimento dos direitos fundamentais do catálogo refere-se à decisão do STF, exarada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.923, julgada em 16 de abril de 2015³¹. Neste caso, autorizou-se o poder público a optar pela prestação direta dos serviços de saúde e educação ou a fomentar tais atividades mediante parcerias com o terceiro setor, a partir da análise de condições em concreto de cada ente federativo.

O STF, após calorosos debates, confirmou por maioria a constitucionalidade da Lei n. 9.637/98, que regulamenta as Organizações Sociais. Segundo o Relator para o Acórdão, Ministro Luiz Fux, a matéria tratada na referida ADI exige estabelecer o

²⁹ Justen Filho, Marçal. Op. cit., p. 16.

³⁰ Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. Fundamentos de direito constitucional. Coimbra: Coimbra, 1991.

³¹ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Sobre tal decisão, já há importante produção acadêmica no cenário nacional. Veja-se, exemplificativamente, defendendo as posições adotadas: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017 e Binenbojm, Gustavo. "A era do direito administrativo como religião já era". In: Binenbojm, Gustavo. Estudos de direito público: artigos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673. Em análise crítica à decisão: Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015 e Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. "A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais". In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD). São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.

limite de atuação do Estado em áreas sensíveis à realização de direitos sociais, como também na busca do desenvolvimento, considerado como objetivo fundamental pelo art. 3º, II, da CF/88. Conforme consta no Acórdão, percebeu-se que os serviços sociais de saúde, educação, de proteção do meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência estariam inseridos no âmbito dos serviços não exclusivos do Estado. Por isso, sua titularidade pertence tanto ao Estado quanto à iniciativa privada.

Dessa forma, de acordo com o STF, a atuação do terceiro setor não configura prestação de serviço público, porque não há delegação, nos termos do art. 175, da Constituição. Trata-se, portanto, pelo entendimento da maioria dos Ministros, de modalidade de fomento³². Até aí nenhuma novidade. Ocorre que os argumentos consequentialistas utilizados pelo eminente Relator permitiram a conclusão de que o enfrentamento da matéria exige uma aproximação do tema "sem as amarras de uma pré-compreensão rígida de um modelo específico de Estado, supostamente avesso mesmo às manifestações de vontade que o povo, por seus representantes eleitos, traga a público diante da evolução provocada pelo passar dos anos"³³. Conclui-se então, no Acórdão, que ao firmar Contratos de Gestão com as Organizações Sociais, o Estado não deixa ao abandono seus deveres constitucionais. Isto porque, estaria atuando de forma indireta, por meio do fomento. Adotou-se, no Acórdão, portanto, decisão fundada na análise das consequências a serem identificadas pelo administrador, nos casos concretos. Isto porque restou firmado o entendimento de que cabe aos agentes públicos a escolha sobre a melhor maneira de garantir os direitos sociais plasmados no texto constitucional. Assim, caberia ao Poder Público uma escolha discricionária entre executar diretamente a atividade, como modalidade de serviço público, ou firmar parcerias com os

³² "O marco legal das Organizações Sociais inclina-se para a atividade de fomento público no domínio dos serviços sociais, entendida tal atividade como a disciplina não coercitiva da conduta dos particulares, cujo desempenho em atividades de interesse público é estimulado por sanções premiais, em observância aos princípios da consensualidade e da participação na Administração Pública." Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Op. cit.

³³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 22 set. 2019. Modesto, Paulo. "As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF". In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Do ponto de vista teórico, portanto, essas são as premissas das quais se poderá partir em uma próxima pesquisa.

particulares – no caso, as entidades do terceiro setor – para assegurar a realização dos direitos fundamentais³⁴.

Em livro publicado em comentários à decisão, o Min. Luiz Fux reforça seu entendimento: “a opção pelo atingimento dos resultados através do fomento, e não da intervenção direta, ficará a cargo, em cada setor, dos mandatários eleitos pelo povo, que assim refletirão, como é próprio às democracias constitucionais, a vontade prevalecente em dado momento histórico da sociedade”³⁵.

O fomento passou a ser, nessa medida, uma forma de substituição da atuação direta do poder público na prestação de serviços públicos³⁶. Ou seja, em relação àqueles direitos que foram vinculados a serviços públicos, pelo constituinte ou pelo legislador, o Estado poderá utilizar-se de medidas de fomento como substituto da atuação do poder público, nas hipóteses em que a parceria com o particular se mostre como uma escolha mais oportuna e conveniente, de forma a garantir a fruição dos direitos sociais. Percebe-se, com isso, que o STF autoriza o administrador, em cada caso concreto, a partir das circunstâncias específicas e dos efeitos gerados, optar entre prestar serviços públicos de saúde e educação ou fomentar o terceiro setor a prestar tais atividades.

E tal solução, legitimada pela decisão referida, autoriza a opção pelos mecanismos de parceria com o terceiro setor pressupondo-se que há casos em que tal *solução* será a mais adequada/necessária e proporcional para atender os

³⁴ “Disso se extrai que cabe aos agentes democraticamente eleitos a definição da proporção entre a atuação direta e a indireta, desde que, por qualquer modo, o resultado constitucionalmente fixado – a prestação dos serviços sociais – seja alcançado. Daí porque não há inconstitucionalidade na opção, manifestada pela Lei das OS’s, publicada em março de 1998, e posteriormente reiterada com a edição, em maio de 1999, da Lei nº 9.790/99, que trata das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, pelo foco no fomento para o atingimento de determinados deveres estatais.” (ADI n. 1.923/DF).

³⁵ Fux, Luiz. “Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais”. In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

³⁶ Desde a doutrina clássica, já pode ser feita uma certa identificação dos modelos de estado e da sua principal forma de intervenção na esfera privada. Nessa seara, desde Jordana de Pozas, que escreve seu trabalho de referência na década dos 40, do século passado, seria possível identificar a atividade de polícia como a modalidade de intervenção mais característica do Antigo Regime, já o serviço público seria a atuação típica dos estados de perfil mais intervencionista, enquanto o fomento, de acordo com o autor, seria a forma mais adequada de intervenção do Estado liberal. In: Jordana de Pozas, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo”. In: Revista Estudios Politicos. Madrid, n. 48, pp. 41-54, 1949, p. 46. No mesmo sentido: Parada Vázquez, José Ramón. Derecho administrativo I, Parte General. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004, p. 43 e ss.

objetivos de redução do aparato administrativo e de contração das despesas com a máquina administrativa, aspirando-se reduzir os custos e aumentar a qualidade de serviços prestados³⁷. Ao que parece, tais efeitos foram considerados, pelo STF – e pelas administrações que vêm adotando tal solução – mais relevantes do que os efeitos que adviriam da solução pensada originalmente pelo Constituinte que garantia a prestação direta de tais atividades (art. 175, *caput*, CF/88).

A ameaça aos direitos fundamentais, com a adoção de tal modelagem, contudo, refere-se especificamente às garantias que decorrem do regime jurídico do serviço público, a partir do qual permite-se a todas e todos terem acesso aos bens protegidos por tal instituto mediante a garantia da prestação de serviços adequados, universais e contínuos³⁸.

CONCLUSÃO

O equilíbrio entre fundamentação adequada e resultado prático das decisões (administrativa ou judicial) é a essência do art. 20 da LINDB. Isto porque tal artigo diz respeito não só à fundamentação da decisão – que deve ser pautada no ordenamento jurídico, afastando-se a armadilha da fácil solução pelo emprego vago de valores jurídicos abstratos –, como também atentar para as consequências práticas da decisão. Impõe-se, portanto, a conjugação dos elementos “estruturação jurídica da argumentação” com “os aspectos práticos – e exequíveis” da decisão.

A análise do caso concreto é essencial para a efetivação do referido art. 20, uma vez que a solução encontrada, além de escorada no ordenamento jurídico, deve ser a mais adequada, sem que haja desrespeito aos direitos fundamentais. Outrossim, julgar apenas tendo como norte a consequência da decisão, pode

³⁷ Fernando Borges Manica ilustra perfeitamente a adoção de argumentos consequencialistas a orientar o agente: “A prestação de serviços públicos de assistência à saúde pelos Municípios pode ser realizada pela Administração Direta, pela Administração Indireta, por entidades privadas sem fins lucrativos parceiras e por entidades privadas com fins lucrativos parceiras ou contratadas. A opção por uma ou outra modalidade de prestação, em especial no que tange à celebração de parcerias, deve ser motivada, por meio da descrição dos pressupostos de Direito (previsão legal) e pressupostos de fato (realidade vivenciada pelo Município) que conduziram à decisão tomada.” (Manica, Fernando Borges. “Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro”. *In*: Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335. p. 334).

³⁸ Schier, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público. Curitiba: Íthala, 2016.

conduzir a um cenário de negação de direitos. De outro lado, uma decisão pretensamente correta, que não atente para o seu resultado prático, igualmente não pode ser apontada como adequada. Longe de se pretender a exatidão nas decisões, quer-se a melhor solução dentre as possíveis.

Na decisão da ADI n. 1.923, em que se abriu a opção ao poder público de prestação direta de serviços de saúde e educação, ou o fomento a tais atividades, com parcerias com o terceiro setor, ficou clara a necessidade da decisão do administrador público ser pautada na análise das consequências da escolha entre uma possibilidade ou outra. Assim, o Estado pode lançar mão do fomento em substituição à sua atuação direta, desde que esta hipótese seja mais oportuna e conveniente, diante do caso concreto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.

Binenbojm, Gustavo. "A era do direito administrativo como religião já era". *In*: Binenbojm, Gustavo. *Estudos de direito público: artigos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 671-673.

Canotilho, J. J. Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1991.

Coutinho, Jacinto Nelson de Miranda. "O papel do novo juiz no processo penal". *In*: *Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: 1993, pp. 33-43.

Freitas, Juarez. *O Controle dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2013.

Freitas, Juarez. *Sustentabilidade. Direito ao futuro*. Belo Horizonte: Fórum. 2016.

Fux, Luiz. "Terceiro setor no Estado brasileiro: a decisão do Supremo Federal na ADI n. 1.923/DF e as organizações sociais". *In*: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1.923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.

Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão. *Organizações sociais após a decisão do STF na ADI n. 1.923/2015*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Jordana de Pozas, Luis. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo". *Revista Estudios Politicos*. Madrid, n. 48, pp. 41-54, 1949.

Justen Filho, Marçal. "Art. 20 da LINDB Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas". *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

Manica, Fernando Borges. "Parcerias público-privadas e judicialização no sistema nacional de saúde brasileiro". *In: Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo LXVIII, n. 271, p. 319-335.

Marques Neto, Floriano de Azevedo; Freitas, Rafael Vêras de. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>>. Acesso em: 23 maio 2020.

Modesto, Paulo. "As organizações sociais no Brasil após a decisão do STF". *In: Fux, Luiz; Modesto, Paulo; Martins, Humberto Falcão*. Organizações sociais após a decisão do STR na ADI n. 1.923/2015. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Morais, Fausto Santos de; Zolet, Lucas. "A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista". *In: Revista Jurídica*, Curitiba, v. 4, n. 53, p. 497-523, 2018.

Morettini, Felipe; Schier, Adriana da Costa Ricardo. "A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) Nº 1.923/DF e o papel do Estado e das Organizações Sociais na concretização dos direitos sociais". *In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, v. 8, n. 3, p. 375-387, set./dez. 2016.

Nohara, Irene Patrícia. LINDB. Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Curitiba: Juruá, 2018.

Parada Vázquez, José Ramón. *Derecho administrativo I, Parte General*. 15. ed, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas e Sociales, 2004.

Pogrebinschi, Thamy. "A Normatividade dos Fatos, as Consequências Políticas das Decisões Judiciais e o Pragmatismo do Supremo Tribunal Federal (Comentários à ADI 2240-7/BA)". *In: Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 247, p. 181-193, 2008.

Posner, Richard. *A abordagem econômica do Direito. Problemas da filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Posner, Richard. *Perspectivas filosóficas e econômicas. Para além do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

Sanchis, Pietro Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. *In*: Miguel Carbonell Sánchez (coord.). Neoconstitucionalismo(s). España: Editorial Trotta, 2003. p. 123-158.

Schier, Adriana da Costa Ricardo; Freitas, Daniel Castanha de. "O protagonismo do órgão jurisdicional: uma pesquisa empírica da perspectiva dos magistrados do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o ativismo judicial". *In*: Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, p. 115-130, jan./fev. 2017.

_____. Serviço público. Curitiba: Íthala, 2016.

Schier, Paulo Ricardo. Filtragem constitucional. Porto Alegre: SAFE, 1999.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.923, Relator Ministro Luiz Fux, julgada em 16 de abril de 2015, publicado em 02 de agosto de 2017. Disponível em: <www.stf.jus.br> Acesso em: 22 set. 2019.

Streck, Lenio Luiz. Verdade e consenso. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Valle, Vanice Regina Lírio do. Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Violin, Tarso Cabral. Terceiro setor e as parcerias com a administração pública. 3. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2015.

30. INTEGRIDADE DO DIREITO COMO MEIO DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL

INTEGRITY OF LAW AS A MEANS OF CONTROL OF JUDICIAL DISCRETION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-30>

Marcelo Fonseca Gurniski¹

Resumo

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que o “direito como integridade”, de Ronald Dworkin, tem o condão de controlar decisões judiciais discricionárias. Utilizando-se do método de abordagem dedutivo concluiu-se que o Direito, como integridade, ao fazer respeitar a comunidade de princípios, estabelece limites a decisões discricionárias.

Palavras-chave: Decisão. Discricionariedade. Integridade.

Abstract

The purpose of this paper is to demonstrate that Ronald Dworkin's “right as integrity” has the power to control discretionary judicial decisions. Using the deductive approach method, it was concluded that law, as integrity, when respecting the whole of principles, establishes limits to discretionary decisions.

Key-words: Decision. Discretionary. Integrity.

1 INTRODUÇÃO

O Direito cumpre um relevante papel enquanto garantidor da convivência harmônica na sociedade contemporânea. Limites à sua atuação são necessários não somente para se evitar abusos como para que as decisões judiciais possam ser objeto de controle.

Com o positivismo jurídico a discricionariedade judicial foi legitimada na medida em que casos ditos como difíceis poderiam ser objeto de uma abertura

¹ Mestrando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR. (Linha de pesquisa Jurisdição e Democracia). Membro do Grupo de Pesquisa Jurisdição e Democracia do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil/PR.

interpretativa. Neste contexto insere-se as ideias de Ronald Dworkin que transformaram a história do pensamento jurídico ocidental, com a ideia de que o papel do juiz é o de construir e reconstruir o direito pela aplicação de princípios. Aqui se apresenta uma das principais e importantes teses de Dworkin: a noção de integridade, que possibilita a compreensão do sistema jurídico como um todo, ao qual devem se subordinar as decisões judiciais. A importância da análise de Dworkin do sistema jurídico está em sua conexão com a democracia e no resguardo da proteção dos direitos dos jurisdicionados na obtenção de decisões corretas, com vistas a expurgar decisões arbitrárias e discricionárias que podem ser realizadas por um conjunto de Regras e Princípios definidos pelo sistema jurídico que lhe sustenta, sendo este, portanto, a problemática que se pretende discutir.

Dito de outra forma, a discricionariedade na decisão judicial pode ser discutida, revista e superada pelo conceito do Direito como integridade?

Assim, este artigo utilizou-se do método dedutivo para, no primeiro capítulo, apresentar as bases da integridade. No subitem um, discute-se Direito como integridade em Dworkin, suas características, concepções e conceito. No terceiro capítulo acrescenta à discussão a noção de discricionariedade, suas dificuldades e sua superação com o instituto do Direito como integridade, pois trata-se de um caminho viável na tentativa de se concretizar a comunidade de princípios de uma determinada sociedade.

2 INTEGRIDADE

Uma primeira noção de integridade é bem analisada por William Soares Pugliese² que explica que a integridade é um tema da filosofia e do direito que pode ser compreendida, em uma primeira face, como uma virtude. Sustenta, o aludido autor, a partir da ideia de integridade de Cox, La Case e Levine, que a integridade é um conceito agregador que reúne múltiplas motivações e reflexões, isto é, um conjunto de qualidades intrínseco ao caráter da pessoa, podendo alterar seus valores com o passar do tempo em decorrência de constantes exames de

² PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 95.

consciência³.

Assim, a integridade consiste em valores incorporados por motivações e reflexões internas do sujeito, formando seu caráter não de forma fechada ou imutável, mas sujeita a mudanças conforme a pessoa realiza exames de consciência. Caracteriza-se, portanto, como uma virtude intrínseca a formação do próprio sujeito.

Essa noção de integridade como uma virtude do sujeito, não se trata tão-somente de mera qualificação ou quantificação, já que está relacionada a uma questão de gradação, no sentido de que quanto "maior o espectro de qualidades relacionadas à integralidade uma pessoa possui, mais íntegra ela é."⁴ Pode-se dizer, portanto, que a integridade está relacionada ao sujeito na mesma proporção que seus valores são agregados ao seu caráter, não caracterizando um conjunto imutável na medida em que há mudanças de valores com constantes exames de consciência que o indivíduo realiza.

Neste contexto, a integridade seria um elemento de elevação da vida moral e política das pessoas, abrangendo questões públicas e privadas, conectando essas questões⁵. Para Flávio Quinaud Pedron e José Emílio Medauar Ommati:

A política ganha um significado mais amplo: transforma-se em uma arena de debates sobre quais princípios a comunidade deve adotar como sistema, bem como sobre que concepções de equanimidade, justiça e devido processo legal adjetivo devem pressupor. Os direitos e deveres políticos dos membros dessa comunidade não se esgotam nas decisões particulares tomadas pelas instituições, sendo dependentes do sistema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.⁶

Portanto, esse conjunto de qualidades intrínseco ao caráter da pessoa transformam-se em princípios da sua própria comunidade, pois haverá debates

³ *Ibid.*, p. 98.

⁴ *Ibid.*, p. 98.

⁵ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 86.

⁶ *Ibid.*, p. 86.

sobre esse conjunto de qualidades na arena política em comunidade, constituindo-se, assim, em um sistema virtuoso que cunha os direitos e deveres políticos dessa comunidade, fundamentando as decisões que dependem deste sistema de princípios para se legitimar.

Essas premissas contribuem para melhor compreensão do direito como integridade e seu viés de controle sobre as decisões judiciais que serão analisadas nos itens a seguir.

2.1 Integridade em Ronald Dworkin

Ronald Dworkin, pensador norte-americano, defende a tese da integridade como ideal norteador das práticas jurídico-políticas de uma sociedade para melhor orientação e leitura possível⁷. A "integridade pressupõe uma interligação entre os cidadãos e a comunidade", assim "ela vincula o privado e o público."⁸

A "integridade se apresenta neste contexto de exacerbação da dicotomia entre a justiça e a equidade e requisita para si a tarefa de mediar, superar e guardar as diferenças no propósito de cooperar com o bom andamento da comunidade."⁹ Para que a integridade norteie as práticas jurídico-políticas de uma comunidade, o autor desenvolve seu raciocínio estabelecendo dois princípios de integridade política.

Assim, na racionalidade dworkiniana os dois princípios de integridade política são: (a) princípio legislativo, onde os legisladores devem adotar um conjunto de leis moralmente coerentes no intuito de restringir o legislador na tarefa de expandir ou alterar as normas públicas, mas também "direcionando o legislador para que seja mantida a coerência aos princípios"¹⁰; e (b) princípio jurisdicional, que fornece base

⁷ *Ibid.*, p. 49.

⁸ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>. Acesso em: 10 jun. 2020, p. 386.

⁹ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduação em Filosofia. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/3513/1/000405133-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 56.

¹⁰ FARIA, Renato Luiz Miyasato de. Entendendo os princípios através de Ronald Dworkin. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 11, n. 22, p. 31-43, jul./dez. 2009, p. 38.

para que o juiz entenda que há um sistema de normas públicas que expressam e respeitam um conjunto coerente de princípios e, neste sentido, "que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas."¹¹

A integralidade se desdobra, portanto, a um princípio legislativo que exige que os legisladores tornem o conjunto de leis moralmente coerentes, e um princípio jurisdicional que possibilite ao juiz a interpretação, sob a ótica da moral política, que melhor reflita a estrutura das instituições e decisões da comunidade¹². Trata-se, portanto, de um princípio norteador que encaminha o *legislador* a adotar critérios na confecção legislativa positiva e que exige que o *aplicador* do direito intérprete e reflita as decisões e princípios da comunidade.

Importante salientar que para Dworkin o direito não se restringe à subsunção do fato a norma geral e abstrata, uma vez que "o papel do juiz é também o de construir e reconstruir o direito, por meio da sua aplicação com base em princípios"¹³. Para Dworkin, "a integridade exige que a interpretação e aplicação de cada lei se fundamente em uma justificativa que a ajuste a um conjunto da legislação vigente."¹⁴

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de quem foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.¹⁵

Assim, diferentemente do convencionalismo – onde "o direito é o que está

¹¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: *Law's empire*, p. 213 e 261.

¹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 230 e 233.

¹³ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais..., p. 367.

¹⁴ BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente, v. 13, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2615>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 13.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**..., p. 271-272.

contido nas leis emanadas pelo Congresso" ¹⁶ e que na lacuna admite a discricionariedade para criar o direito – e do pragmatismo – que “trata-se de uma concepção mais cética do direito, onde [...] acredita-se que as decisões jurídicas ou legislativas do passado não contribuem para a justiça de uma decisão atual [...] [e] nega que as pessoas tenham quaisquer direitos, pelo menos até um juiz decidir que elas tenham” ¹⁷ – o direito como integridade se apresenta como essencialmente interpretativo atribuindo seus argumentos no conjunto do direito.

Portanto, “o Direito como integridade nada mais é que uma concepção interpretativa do Direito que se diferencia das concepções do convencionalismo e do pragmatismo por basear-se no princípio da integridade.” ¹⁸ Para DWORKIN:

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. ¹⁹

O direito como integridade é um enfoque que permite ao cidadão uma atitude ativa frente ao direito. Ele recomenda que você tome o direito como um dado interpretativo e que você colabore na construção da tarefa coletiva de justificação e crítica das decisões públicas. ²⁰ Segundo Casalmiglia:

Lei para Dworkin não é produto acabado, nem é justiça. É algo menos e algo a mais. É algo menos do que justiça porque a coerência – isto é, a virtude de

¹⁶ CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin**. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2016/01/hermeneutica%20.zip>. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 8.

¹⁷ *Ibid.*, p. 9.

¹⁸ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduação em Direito. Curitiba, 2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/7485>. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 44.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 272.

²⁰ CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **Doxa cuadernos de filosofia del Derecho**, Alicante, v. 12. p. 155-176, 1992. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiw5luUqJPraH VmKLkGHVvK-A28QFjACegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fel-concepto-de-integridad-en-dworkin-0%2F&usg=AOvVaw0Gkn8W XF dDEtsSGoAF_Jz4. Acesso em: 15 jul. 2020, p. 168.

integridade – às vezes requer o sacrifício da busca por resultados justos. É algo mais do que as convenções porque o direito não é composto apenas por um conjunto de regras, mas também por um conjunto de princípios²¹.

A integridade no direito está radicalmente conectada à democracia, obrigando os magistrados a construírem seus argumentos visando a integração com o conjunto do direito²². Assim, o direito como integridade é um produto de interpretação da prática e da fonte de inspiração²³. Deste modo, o direito como integridade tem seu início na concepção interpretativa e abrange como prática jurídica a narrativa jurídica conectada pela integridade, sendo pressuposto da interpretação o olhar para o passado e para o futuro²⁴.

A teoria da integridade “exige que os juízes, na medida do possível, considerem ser o Direito estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal” devendo os aplicar aos novos casos²⁵. Conforme Dworkin

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade. Tentam fazer o melhor possível essa estrutura e esse repositório complexos²⁶.

Para a integridade, portanto, o direito é um produto de interpretação que obriga os magistrados a identificar direitos e deveres legais extraíndo princípios que irão nortear as concepções interpretativas, uniformizando de forma coerente a justiça e a equidade, sem descuidar do olhar para o passado e para o futuro.

Assim, temos que o princípio da integridade significa

²¹ *Ibid.*, p. 168.

²² STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 83.

²³ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 273.

²⁴ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência...**, p. 107.

²⁵ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais...**, p. 45.

²⁶ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 305.

[...] a coerência de princípios dentro de um Estado personificado, o entendimento da comunidade como um agente moral, independente do fato de que as pessoas individualizadas tenham pensamentos discordantes. As características deste conceito seriam: a ligação a uma comunidade política específica; a necessidade de coerência de princípios implícitos e explícitos nas decisões políticas da sociedade e uma comunidade de princípios.²⁷

Embora a história seja importante no direito como integridade, esta não está vinculada a coerência de princípio nas etapas históricas do direito, vale dizer, o juiz não deve entender as leis que aplica como uma continuidade de princípios com o direito de um século antes. Na realidade, o direito como integridade tem seu início no presente e volta-se ao passado caso o andar contemporâneo assim o determine.²⁸ Assim, o olhar para o passado é admitido se e quando for necessário para a interpretação atual, o que significa que o magistrado não está, necessariamente, vinculado a ele, já que “não se pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram.”²⁹

Todavia, a história é importante para entender a sistemática principiológica que justifica o conteúdo das decisões anteriores.³⁰ Portanto, no direito como integridade, em que pese a história não possuir caráter legitimador, porquanto não tem o condão de resgatar ideais ou propósitos políticos ou jurídicos dos tempos pretéritos, ela funciona para justificar o passado com vistas a adaptar a história ao presente³¹.

Para apresentar a noção de interpretação criativa, Dworkin assemelha o direito à literatura e explica a ideia do direito como integridade lançando mão da metáfora do *romance em cadeia*:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo,

²⁷ ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel...**, p. 60.

²⁸ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 273/274.

²⁹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Coerência, integridade e decisões judiciais...**, p. 387.

³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 274.

³¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência...**, p. 107/108.

que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo que a criar da melhor forma possível o romance em elaboração [...].³²

Note-se que um autor escreve um capítulo de um único livro já iniciado, tornando-se o livro um empreendimento coletivo. Desta forma, cada romancista deve preocupar-se com o que foi escrito anteriormente ao seu capítulo, assim como possibilitar que seu capítulo esteja aberto ao escritor seguinte no intuito de dar prosseguimento ao livro e, neste sentido, deve comprometer-se com o enredo à luz da integridade da obra.³³ "O juiz, afinal, atua como crítico, mas também como o autor que dá seguimento à história."³⁴

Essa importante metáfora explica a dificuldade por trás do direito, já que o autor (juiz) é um escritor em meio a uma obra (direito) que é escrita cotidianamente e, por isso, tem a obrigação de manter a obra viva e coerente, no sentido de que, qualquer tortuosidade na sua interpretação e escrita, afetará a integridade do romance em elaboração, isto é, afetará a integridade do direito. Assim, a integridade da obra exige que o autor do capítulo se atente ao que já foi escrito, dê continuidade ao que foi escrito e comprometa-se com o prosseguimento do livro.

Importante assinalar que a metáfora do romance em cadeia não se trata de um devaneio de Dworkin, o autor procura elementos na literatura para explicar, da melhor forma, a interpretação das regras jurídicas que decorrem dos ideais de justiça, da igualdade e da própria integridade³⁵. "Por conta desses elementos, o romance em cadeia jurídico está, assim, condicionado à busca da melhor interpretação possível"³⁶.

Compreende-se, portanto, que o romance em cadeia traduz na busca da interpretação criativa buscando o conjunto de princípios enraizados na comunidade e apresentado mediante a interpretação já realizada para ajustá-las às atuais

³² DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 276.

³³ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo...**, p. 86.

³⁴ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência...**, p. 108.

³⁵ *Ibid.*, p. 108.

³⁶ *Ibid.*, p. 108.

interpretações. Portanto, direito como integridade visto sob o enfoque do romance em cadeia é

[...] o direito que *deve ser* aquilo que ele *já é* interpretado *construtivamente sob sua melhor luz*. Cada novo capítulo, cada nova lei, cada nova decisão – cada acréscimo deve ser (institucionalmente) *ajustado* aos princípios daquilo que vem antes e que informam o que deve vir depois.³⁷

Assim, as decisões dos casos devem ser articuladas com as decisões proferidas anteriormente e devem servir de ponto de apoio para as decisões futuras. É importante ressaltar, no entanto, que “não se limita ao conteúdo explícito das decisões coletivas passadas, mas reclama os princípios que a elas se ajustam e as justificam.”³⁸

Aqui se tem a interpretação criativa onde o juiz deve entender que todos os casos possuem dificuldades na medida em que as decisões judiciais devem comprometer-se com a integridade do direito, segundo Dworkin, “a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.”³⁹ Segundo Pugliese:

Não se deve esquecer, porém, que a integridade impõe ao Direito a missão de evitar leis ou entendimentos “salomônicos”. Assim, a interpretação exigida nas decisões deve observar a integralidade como virtude e, assim, buscar coerência não apenas na justificativa de uma decisão, mas do Direito como um todo.⁴⁰

Portanto, se o direito segue a mesma lógica da metáfora do romance em cadeia, é de se dizer que o direito se faz como processo ou produto coletivo verificado

³⁷ STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1795/pdf>. Acesso em 20 jul. 2020, p. 56.

³⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 130.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito...**, p. 276.

⁴⁰ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência...**, p. 108.

em uma sociedade em permanente reconstrução.⁴¹ E mais, a interpretação do direito deve seguir a complexidade dessa tarefa, iniciando-se no presente, voltando-se ao passado caso assim o determine, e ilustrando o futuro, sendo conectado pela integridade do direito.

3 INTEGRIDADE E A DISCRICIONARIEDADE

De início é importante ressaltar que a discricionariedade tem fundamento no positivismo jurídico, segundo seu modelo de regras. Isto quer dizer que quando não há uma regra a ser aplicada no caso, ao juiz é autorizado utilizar sua discricionariedade para solucionar o litígio.

Conforme Streck, "é preciso compreender que a delegação em favor do juiz do 'preenchimento' da 'zona de incerteza' é uma institucionalização do positivismo que funciona como poder *arbitrário* no interior de uma *pretensa discricionariedade*."⁴² Alerta o autor que a aludida "zona de incerteza" pode ser apresentada como uma construção ideológica, majorando o espaço de incerteza.

Assim, temos um quadro em que a tese positivista, ao abrir ao magistrado a possibilidade de decidir determinados casos conforme sua consciência, seja pela lacuna ou zona de incerteza, seja pela interpretação discricionária de princípios, cria decisões arbitrárias, com fundamentos desconectados da integridade do direito, que sequer são passíveis de controle.

Neste sentido, a discricionariedade judicial traduz-se na abertura criada pelo sistema para legitimar, de forma obscura, uma arbitrariedade cometida pelo Poder Judiciário. Assim, dizer que o intérprete sempre atribui sentido ao texto, segundo Streck, "nem de longe pode significar a possibilidade de ele estar autorizado a atribuir sentidos de forma discricionária/arbitrária, como se texto e norma estivessem separados (e, portanto, tivessem 'existência' autônoma)."⁴³

⁴¹ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo...**, p. 97.

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional...*, p. 80.

⁴³ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional...*, p. 81.

A redação do artigo 926 do Código de Processo Civil⁴⁴ dispõe que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” Embora o enunciado do dispositivo apresente três deveres, isto é, estabilidade, integridade e coerência, o presente artigo se delimitará na análise, como já asseverado, da integridade e sua possível capacidade de impedir a discricionariedade judicial.

Como destacado no item anterior, a integridade (inteireza, completude) está relacionada a um duplo princípio: um princípio legislativo e um princípio jurisdicional. No princípio jurisdicional, está clara a acepção de que os argumentos de uma decisão judicial devem ser elaborados com fulcro no conjunto do direito, e essa premissa resulta da necessidade de se negar certas manifestações do direito, “constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas”⁴⁵.

“A decisão judicial será limitada estruturalmente pelo sistema de princípios, mas estes não podem ser vistos de maneira estática”⁴⁶, o que inviabiliza a decisão judicial discricionária, posto que há no próprio sistema de Direito razões para se decidir. Neste sentido, uma decisão judicial nunca deve se fundamentar num argumento de política para “não ultrapassar a sua competência e ferir os ideais democráticos”⁴⁷, mas sim num argumento de princípio.

Se a integridade está ligada à democracia e exige que os juízes construam a decisão judicial com fundamento no conjunto do Direito, resta, pois, afastada a argumentação de que o texto carrega consigo a sua própria norma para a qual a norma pode aniquilar o texto⁴⁸. Segundo Streck:

Nesses casos – e estaríamos sucumbindo ao realismo jurídico – esse texto acaba encoberto não pela nova norma (sentido), mas, sim, *por outro* (novo) texto

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Revista Consultor Jurídico**, eletrônica, dez., 2014. Disponível em: http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/novo_cpc_tera...lenio_luiz_streck.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020, p. 2.

⁴⁶ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais..., p. 388.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 389.

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional..., p. 83.

[...]. Na verdade, a tese hermenêutica da integridade coloca-se contra os dois polos do positivismo [...]: um polo é a visão positivista de que a prática legal é inteiramente ditada por fatos preexistentes, tal como estatutos e decisões em letra gótica que estão, por assim dizer, na folha, ou “simplesmente seja lá como for”; o outro polo, confusamente chamado de “realismo” na filosofia do direito, é, no fundo, o ponto de vista subjetivo ou puramente pragmático, segundo o qual o que os juízes e advogados fazem a nada corresponde, exceto às próprias percepções que eles têm das necessidades momentâneas da sociedade (ou até mesmo apenas às próprias necessidades dos juízes).⁴⁹

Conclui Streck que “a integridade faz respeitar a comunidade de princípios, colocando efetivos limites às atitudes solipsistas-voluntaristas”⁵⁰. “A melhor decisão será aquela orientada por princípios e nunca por política, respeitando, assim, a racionalidade de uma decisão de aplicação”⁵¹. Isto porque a integridade é um primeiro princípio de moral, isto é, uma virtude política, e não uma moral política abstrata e atemporal.⁵² Assim sendo, a integridade

[...] exige que as normas públicas da comunidade sejam criadas e vistas, na medida do possível, de modo a expressar um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção.⁵³

Quando a integridade admite a existência de um sistema de princípios capazes de solucionar o litígio, ela rejeita a tese básica do positivismo jurídico da existência de lacunas normativas que possibilitam ao juiz decidir discricionariamente ao criar uma norma e aplicá-la retroativamente.⁵⁴ Isto se dá pelo fato de que a decisão que se fundamenta em princípios, vale-se da história institucional da comunidade e cria “limite e condição de possibilidade de construção de uma decisão democrática.”⁵⁵

⁴⁹ *Ibid.*, p. 83.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 83.

⁵¹ CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais..., p. 389.

⁵² DWORKIN, Ronald. *O império do direito...*, p. 260.

⁵³ *Ibid.*, p. 264.

⁵⁴ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. *Teoria do direito contemporâneo...*, p. 97.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 97.

Assim, a integridade vela pela impossibilidade de que juízes profiram decisões políticas e jurídicas que deixem de entender o Direito como um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção. E mais, obriga os juízes a interpretar o direito com fundamento no sistema de princípios que a comunidade adota, vedando as decisões que não as observem pelo motivo de que o Direito tem que ser visto em sua integridade; sendo, pois, a exata compreensão do romance em cadeia, no qual a interpretação das regras jurídicas decorrem dos ideais de justiça, da igualdade e da própria integridade.

Para melhor compreensão é importante trazer o exemplo escolhido por Pugliese:

Existe uma incerteza quase generalizada no que toca à união estável, no direito brasileiro. Uma dessas incertezas diz respeito a sua equiparação com o casamento, algo que vem dividindo a doutrina e os tribunais, mas que já foi afirmado pelo Superior Tribunal de Justiça como regra. Ou seja, se o STJ definiu que a união estável é equiparada ao casamento, ela deve ser assim tratada em todos os aspectos. No entanto, o próprio STJ, com o mesmo Ministro Relator, forjou seu próprio tabuleiro de xadrez nesta matéria, ao afirmar, quatro anos depois, que a regra do casamento que diz respeito à outorga uxória não se aplica à união estável.⁵⁶

Evidente que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que declarou que a outorga uxória não se aplica à união estável está em desacordo com a integridade, porquanto deixou de aplicar o sistema de princípios que nortearam a decisão pronunciada quando da equiparação da união estável com o casamento. Essa é, portanto, uma das funções da integridade que obriga os juízes a respeitar a comunidade de princípios, inclusive de seus próprios julgados.

Dito de outra forma, combinando princípios jurídicos com objetivos políticos, a integridade de Dworkin, de um lado, disponibiliza ao juiz uma enorme gama de possibilidades à construção de respostas coerentes com o Direito positivo e, de outro, blinda o Direito de atitudes discricionárias, com uma grande vantagem que é a

⁵⁶ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência...**, p. 110/111.

da pretensão de legitimidade⁵⁷. Portanto, "criam-se novos direitos apoiados em princípios pré-existentes, afastando a discricionariedade e aumentando o grau de segurança jurídica."⁵⁸

Note-se que a discricionariedade cede lugar ao compromisso do Direito com a integridade, eis que

Não há espaço para discricionariedade quando o magistrado "leva à sério" o compromisso com o direito e com o caso, em um e em outro caso, reconstruídos e discutidos pelas partes. O Direito, sejam regras, princípios, súmulas ou precedentes, não é tomado como um dado, mas como um ponto de partida sobre o qual o magistrado não pode "fugir" mas que, ao mesmo tempo, tem claro que não há sentidos dados previamente e sim que o sentido é (re)construído quando da aplicação daqueles aos casos.⁵⁹

Portanto, decidir o direito a partir da integridade exige que se julgue conforme o sistema de princípios. Decidir o direito a partir da integridade é admitir que as regras, princípios, súmulas e precedente são um ponto de partida e que não há sentidos prévios, mas sim que o sentido é construído a partir do sistema de princípios da comunidade no qual o direito é aplicado. "Através do Direito como Integridade exige-se não somente que o Direito seja sempre interpretado como um todo dotado de coerência narrativa, mas que esta coerência seja ela mesma em si um princípio a nortear os demais."⁶⁰

Isto significa dizer que não há espaço no direito para interpretações discricionárias, já que o direito é um sistema íntegro e coerente de princípios que permitem ao juiz interpretá-los para proferir a resposta correta no caso concreto, sem se deixar levar por arbitrariedades e decisionismos.

⁵⁷ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 116.

⁵⁸ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin...**, p. 90.

⁵⁹ PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo...**, p. 56.

⁶⁰ LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin...**, p. 90.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que no positivismo jurídico as lacunas ou zonas de incerteza e as interpretações de princípios possibilitam a criação de decisões discricionárias que tem como fundamento a arbitrariedade do julgador. Tal proceder, no entanto, cria um problema consistente na impossibilidade de controle da decisão judicial e a invasão do Direito por condutas ligadas ao convencionalismo – direito é a lei – e ao pragmatismo – negação do direito até a decisão judicial.

Como se demonstrou, Ronald Dworkin assevera que a aplicação judicial do direito não deve conter discricionariedades e arbitrariedades e para superar a discricionariedade legitimidade pelo positivismo jurídico, o autor preconiza que o ideal interpretativo deve ser o postulado pelo direito como integridade, que busca encontrar a melhor interpretação das estruturas política e institucional e da doutrina jurídica de sua comunidade, consistente na busca de um conjunto de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas. Assim, os argumentos devem ser apresentados no conjunto do Direito.

Neste sentido, a busca da melhor interpretação do direito como integridade irá restringir as convicções pessoais, na medida em que a referida busca não se esgota apenas em textos e conceitos jurídicos isolados ou nas atitudes voluntaristas e arbitrárias dos julgadores, mas na comunidade de princípios que impõem limites às atitudes discricionárias. O Direito não está fora, mas dentro do próprio sistema de Direito que impede o julgador de decidir com fundamentos exógenos.

Assim, a imposição do princípio da integridade no artigo 926, do Código de Processo Civil é salutar e caracteriza-se como vetor principiológico positivo⁶¹, uma vez que a integridade impossibilita que julgadores profiram decisões políticas e jurídicas que deixem de entender o direito como um sistema único e coerente de justiça e equidade na correta proporção, obrigando, da mesma forma, a interpretar o direito com fundamento no sistema de princípios que a comunidade adota, vedando

⁶¹ Conforme STRECK e MORBACH JR., "O art. 926 é potencializado pelo art. 10 em suas 'garantias de influência e não surpresa', estabelecendo um controle público do perigoso poder cautelar do juiz. A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos do CPC. Em qualquer decisão judicial, a fundamentação deve respeitar a coerência e a integridade." (STRECK; MORBACH JR., 2019, p. 57).

as decisões que não o observem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BOTELHO, Marcos César. A lei em Ronald Dworkin: breves considerações sobre a integridade no direito. **Revista Intertemas**, Presidente Prudente, v. 13, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS/article/view/2615>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CARVALHO, Meliza Marinelli Franco; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Decisão jurídica e integridade do direito na hermenêutica política de Ronald Dworkin**. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2016/01/hermeneutica%20.zip>. Acesso em: 15 jul. 2020.

CASALMIGLIA, Albert. El concepto de integridade em Dworkin. **Doxa cuadernos de filosofia del Derecho**, Alicante, v. 12. p. 155-176, 1992. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUK Ewiw5luUqJPraAhVmKLkGHVKA28QFjACegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2FdescargaPdf%2Fel-concepto-de-integridad-en-dworkin-0%2F&usg=AOvVaw0Gkn8WXFdDETsSGoAF_Jz4. Acesso em: 15 jul. 2020.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Coerência, integridade e decisões judiciais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, v. 16, n. 23, p. 367-391, 2012. Disponível em: <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de: CAMARGO, Jefferson Luiz. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Título original: Law's empire.

FARIA, Renato Luiz Miyasato de. Entendendo os princípios através de Ronald Dworkin. **Revista Jurídica UNIGRAN**, Dourados, v. 11, n. 22, p. 31-43, jul./dez. 2009.

LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O direito como integridade em Dworkin: uma perspectiva interpretativa dos princípios e direitos fundamentais**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Paraná. Pós-Graduação em Direito. Curitiba,

2006. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/7485>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PEDRON, Flávio Quinaud Pedron; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do direito contemporâneo**: uma análise de teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

ROESLER, Ednilson José. **Justiça como integridade: interlocuções entre Dworkin e Hegel**. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Pós-Graduação em Filosofia. Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/3513/1/000405133-Texto%2BCompleto-0.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas; da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Novo CPC terá mecanismos para combater decisionismos e arbitrariedades? **Revista Consultor Jurídico**, eletrônica, dez., 2014. Disponível em: http://conversandocomoprofessor.com.br/artigos/arquivos/novo_cpc_tera..._lenio_luiz_streck.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto** – decido conforme minha consciência? 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz; MORBACH JÚNIOR, Gilberto. Interpretação, integridade, império da lei: o direito como romance em cadeia. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 3, p. 47-66, set./dez. 2019. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1795/pdf>. Acesso em 20 jul. 2020.

31. RIGOR NO COMBATE AO CRIME DE RECEPÇÃO: UMA IMPORTANTE ESTRATÉGIA EM BENEFÍCIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

RIGOR IN FIGHTING CRIME OF HANDLING STOLEN GOODS: AN IMPORTANT STRATEGY FOR THE BENEFIT OF PUBLIC SECURITY AS A FUNDAMENTAL RIGHT



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-31>

Roberta Filizola Custódio Barroso¹

Fernanda Linhares Silva²

Resumo

O delito de receptação, previsto no artigo 180 do Código Penal brasileiro de 1940, é considerado de médio potencial ofensivo, podendo figurar como autor qualquer pessoa, no polo passivo pessoa física ou jurídica e o patrimônio como bem jurídico tutelado. Por igual, o referido crime desperta preocupação, no aspecto da segurança pública, uma vez que, para a sua configuração, pressupõe a prática de delito anterior e, concomitantemente, a existência de receptadores que alimentam a onda de violência que atormenta a sociedade. Por esta razão, o presente trabalho tem o objetivo de propor um tratamento rigoroso no combate ao delito de receptação, dada a complexidade e as consequências envolvidas na sua consumação delituosa. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa, em que se utilizou de normas jurídicas, obras, revistas, trabalhos acadêmicos e acessos a sítios da justiça. Espera-se a obtenção de resultados que demonstrem que a punição moderada em relação ao crime de receptação vem estimulando a sua prática, mantendo sempre em alta o cometimento de delitos antecedentes. Nessa perspectiva, conclui-se que, ao agir com rigor em face do receptador, pode-se contribuir efetivamente para uma diminuição no cometimento de crimes antecedentes e retiraria o beneficiário receptador da teia criminosa, de modo a promover a pacificação social.

Palavras-chave: Combate. Receptação. Segurança Pública.

Abstract:

¹ Universidade de Fortaleza – Especializanda em Especializanda em Escrita e Criação pela Universidade de Fortaleza – E-mail: robertafcbarroso@gmail.com.

² Universidade do Vale do Acaraú - Especialista em Saúde Pública. Especializanda em Direito Público pela Universidade Anhanguera. E-mail: advfernandalinhares@gmail.com.

The crime of handling stolen goods, foreseen in Article 180 of 1940 Brazilian Penal Code, is characterized as a crime of medium offensive potential, which any person can be the perpetrator, in the passive pole, natural person or a legal entity and the wealth as a protected legal asset. Moreover, the mentioned crime causes concern, in the public security aspect, since, for its configuration, the practice of a previous crime is assumed and, simultaneously, the receivers presence provoking increasing violence that society struggles. For this reason, due to its complexity and consequences involving its consummation. This is a bibliographic research, with a qualitative approach, using legal norms, works, magazines, academic works and accesses to justice sites. It is expected to obtain results which demonstrate that moderate punishment in relation to the crime of handling stolen goods has been stimulating its practice, always maintaining a high level of previous crimes. In this perspective, it is concluded that, by acting rigorously in the face of the perpetrator, more effective is the contribution to previous crimes commission decrease it would withdraw the receiver beneficiary from the criminal net, in order to promote social pacification.

Keywords: Combat. Handling stolen goods. Security Public.

1 INTRODUÇÃO

Os artigos 180 e 180-A, do Código Penal brasileiro de 1940, prevê pena que varia de acordo com a modalidade de receptação, se simples (reclusão de 1 a 4 anos), qualificada (reclusão de 3 a 8 anos), culposa (detenção de 1 mês a 1 ano) e a receptação de animais para fins de produção ou comercialização (reclusão de 2 a 5 anos)³, por isso é considerada de médio potencial ofensivo, razão pela qual não se costuma dar muita importância à conduta do receptador, que geralmente consegue a liberdade na fase do inquérito policial, mediante pagamento ou não de fiança.

À vista do preceito incriminador secundário aplicado à receptação, percebe-se o autor não enfrentará maiores problemas, mesmo se for condenado, haja vista que, se não for beneficiado com o *sursis* processual ou com o regime aberto ou semiaberto de cumprimento de pena, em regra, pagará pena alternativa, por força do artigo 44 do Código Penal (CP), restando livre.

O sujeito ativo é qualquer pessoa, de maneira que a norma pertinente não exige qualidade ou condição especial do agente, salvo em relação ao proprietário do bem receptado, até porque, não existe receptação de coisa própria, tal como ocorre

³ BRASIL. **Código Penal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

no delito de furto. A vítima pode ser pessoa física ou jurídica, é a mesma do delito antecedente⁴.

Curioso que a cabeça do artigo 180 do diploma repressivo pátrio pressupõe a prática de delito anterior e tem como preceito primário adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte⁵.

Para Rogério Greco, cuida-se de um crime que compreende um tipo misto alternativo, dentro do qual vários comportamentos (núcleos) são previstos num determinado tipo penal, sendo que a prática de mais de um deles importará em crime único, não importando a prática de mais de um núcleo existente na classificação penal⁶.

A consumação do crime em análise pode ser considerada dolosa (*caput* do art. 180, CP) ou culposa, neste caso quando o agente pratica a conduta tipificada no § 3º do art. 180 do CP, que prevê em seu núcleo adquirir ou receber coisa que, pela sua natureza ou desproporção entre o valor e o preço, ou até mesmo pela condição de quem a oferece, presume-se obtida por meio criminoso. Já o § 4º do referido dispositivo legal dispõe que a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa receptada.

No caso, o bem jurídico tutelado é o patrimônio da vítima. E o crime de receptação é consequente em relação ao delito antecedente, este geralmente é um furto, roubo e porte ou posse ilegal de arma de fogo, vez que o produto dessas infrações foi repassado ao receptador, que mantém em funcionamento essa corrente de transmissão delituosa, incentivando a prática dos crimes anteriores.

Reale Júnior destaca que a receptação foi classificada como figura autônoma a partir do Código Penal de 1940, vez que, anteriormente, constituía forma de cumplicidade e favorecimento e o autor a considera também um crime contra a administração da justiça porque torna mais difícil a tarefa de descoberta e apreensão

⁴ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal - parte especial (arts. 121 ao 361)**. Volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 391.

⁵ BRASIL. **Código Penal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. I**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 224.

da coisa⁷.

Segundo o entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a receptação, na modalidade ocultar bens, é delito permanente, ou seja, enquanto o infrator guardar ou escamotear o objeto produto de crime anterior, perdura-se o flagrante delito, porque a consumação se protraí no tempo⁸.

Assim, mesmo diante da benevolência da norma de regência e de se tratar de crime praticado sem violência ou grave ameaça, é necessária uma estratégia processual que puna os receptadores, como elevação da pena e do valor de fiança que inibam a soltura do agente, austeridade na decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal⁹, multa proporcional ao bem receptado e à condição financeira do agente e levando em conta a reincidência do agente, com vistas a assegurar a todos o direito fundamental à segurança pública.

2 RECEPÇÃO COMO MEIO INCENTIVADOR DE CRIMES ANTECEDENTES

Nucci defende a teoria de que o crime em exame é constituído por dois blocos, com duas condutas puníveis de forma autônoma: a primeira, denominada receptação própria, consuma-se com a ocorrência de quaisquer dos verbos adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar coisa móvel que seja produto de crime anterior; enquanto a segunda, receptação imprópria, é formada pela associação da conduta de influir alguém de boa-fé a adquirir, receber ou ocultar coisa produto de crime¹⁰.

A receptação, uma das espécies de crime patrimonial, é acessória ou parasitária, porque pressupõe a existência de outro delito em momento anterior¹¹ e, por isso, podendo ser consequente de diversos outros delitos anteriores, como

⁷ REALE JUNIOR, Miguel. **O elemento subjetivo do crime de receptação dolosa**. Revista Eletrônica Ad Judicia, Porto Alegre, ano I, n. I, out./nov./dez. 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/5569759/Miguel_reale_-_recepta%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 22 set. 2020.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda de bens produto de crime**. AgRg no HC 516263/SP. Quinta Turma. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: DJe 12/09/2019.

⁹ BRASIL. Código de processo penal. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 954.

¹¹ CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal - parte especial (arts. 121 ao 361)**. Volume único. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 170.

apropriação indébita, furto, roubo, peculato, estelionato, porte ou posse de arma de fogo, tráfico de drogas e sinal identificador de veículo automotor, de modo que o receptador mantém em movimento a mola propulsora de inúmeras outras infrações penais.

Como se observa nos artigos 180 e o 180-A do Código Penal, que tratam especificamente do delito de receptação, na modalidade dolosa, qualificada, culposa e a forma especial de receptação de semoventes, salvo as formas qualificada e a receptação de animais para fins de produção ou comercialização, geralmente o autor obtém a liberdade na fase pré-processual, com ou sem fiança arbitrada pela Autoridade Policial. E esse fato representa um estímulo à prática do delito.

Além disso, o parágrafo quinto do artigo 180 do CP dispõe acerca do perdão judicial, referente à receptação culposa, de forma que o juiz pode conceder o benefício ao criminoso, em caso de réu primário, com bons antecedentes, de pequeno valor a coisa receptada e com baixo grau de reprovabilidade da conduta. Importante destacar que a natureza do perdão judicial é declaratória, logo, não subsiste qualquer efeito condenatório.

Neste terreno, é difícil conceber a ideia de que um agente pratica um furto ou roubo e interrompe a sua vida criminosa. Assim, o autor comete delitos em sequência, até porque não é preso em todas as situações de delinquência. Tampouco se supõe que o infrator roube ou furete exclusivamente para uso próprio, a partir daí surgindo a figura do receptador, que também não é descoberto em todos os casos infracionais e que alimenta toda a rede de violência que atormenta a sociedade.

O receptador, como o próprio nome sugere, é um destinatário da coisa móvel subtraída da vítima. E seu campo de atuação é amplo, vez que, para a consumação do delito patrimonial, não exige que a natureza do crime antecedente seja especificamente contra o patrimônio, por exemplo, pode-se receptar um produto oriundo da prática de peculato¹². Enfim, a recepção pode ser delito consequente de diversos outros crimes antecedentes.

Na situação particular do crime de porte ou posse ilegal de arma de fogo, deve ser imputado ao autor o crime de receptação em concurso material com as

¹² MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 25. ed. revista e atualizada até 31 de dezembro de 2006. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007.

reprimendas previstas nos artigos 12 ou 14 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)¹³, conforme o caso. Ainda, o § 4º do artigo 180, do CP dispõe que a receptação é punível, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor do crime de que proveio a coisa¹⁴.

Por isso, exceto nos casos em que a receptação é aplicada em concurso material com outro crime, é rara uma punição exemplar contra o receptador, ou mesmo a manutenção de sua prisão cautelar, seja provisória ou executória, de modo que geralmente obtém a liberdade sem dificuldade, que se reverte em estímulo à reincidência, realimentando a rede de violência que aflige a população, afetando o direito fundamental à segurança pública.

Assim, é como se o receptador representasse uma fábrica ilegal que emprega diversos infratores que operam em seu favor, mediante uma retribuição moderada, para repassar ao líder criminoso objetos oriundos de outros crimes. E percebe-se que se trata de uma sociedade de grande porte, já que os produtos entregues ao receptador são oriundos de diversos delitos antecedentes, não necessariamente de natureza patrimonial, como corrupção passiva e contrabando.

Em síntese, a receptação se transformou numa prática habitual entre os operadores do crime, que alimentam uma rede delituosa, mantendo a taxa de violência em alta, ao mesmo tempo que apostam na impunidade, dada a baixa eficácia da lei penal para cumprir a sua função punitiva. Em outros termos, os receptadores, em regra, respondem a ação penal em liberdade, quando não conseguem a suspensão condicional do processo, permanecendo disponíveis para o crime, a depender de sua aptidão delituosa.

3 O IMPACTO DO DELITO DE RECEPÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA

A receptação está inserida no Título II da Parte Especial do Código Penal, no tópico que trata dos crimes contra o patrimônio, de modo que o legislador ordinário entendeu, de forma equivocada, que se tratava de infração de médio poder ofensivo,

¹³ Brasil. [Estatuto do desarmamento (2003)]. **Estatuto do desarmamento**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

¹⁴ BRASIL. **Código Penal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

por isso admitiu uma espécie de imunidade penal quando o delito patrimonial é cometido contra parentes ou cônjuges, previstos no artigos 181 e 182 do CP, ressalvadas algumas exceções albergadas no artigo 183 do mesmo diploma penal.

A partir do comando expresso no *caput* do artigo 5º e no artigo 144 da Constituição Federal de 1988, extrai-se que a segurança pública é um direito fundamental de todos e a sua promoção é um dever do Estado e responsabilidades de todos, com a finalidade de preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio¹⁵.

Assim, todos os poderes da República, dentro de suas esferas de atuação, devem desenvolver estratégias para a manutenção da paz social: o Executivo, por meio de políticas públicas; o Legislativo, através de criação de normas que endureçam o combate ao crimes, notadamente contra a receptação, e o Poder Judiciário, por intermédio de seus órgãos julgadores que podem adotar técnicas processuais que endureçam os critérios de punição em face dos receptadores.

O jornal mineiro O Tempo divulgou matéria acerca da importância no combate à prática de receptação, em cuja operação policial foram apreendidos diversos aparelhos eletrônicos expostos à venda em estabelecimentos comerciais, inclusive em lojas de *shopping* de Belo Horizonte:

Mais de 700 celulares oriundos de furto ou roubo ou de procedência duvidosa e cerca de 4.700 acessórios, como capas e carregadores, sem comprovação de origem foram apreendidos nesta sexta-feira (26) no segundo dia da operação de combate à receptação de aparelhos realizada por Polícia Militar (PM), Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) e Receita Federal. Foram cumpridos 15 mandados de busca e apreensão, e sete pessoas foram presas¹⁶.

Na realidade, a receptação alberga produtos de crimes diversos, que envolvem roubo ou furto de celulares, animais, veículos e cargas que são as situações que

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

¹⁶ MANSUR, Rafaela. Jornal O Tempo. **"Mais de 700 celulares são apreendidos em operação de combate à receptação"**. Belo Horizonte: 2019. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/mais-de-700-celulares-sao-apreendidos-em-operacao-de-combate-a-receptacao-1.2173679>. Acesso em 24 set. 2020.

impactam bastante na segurança pública, gerando prejuízo e insegurança à população, a ponto de modificar alguns hábitos dos cidadãos.

Nesse contexto, a figura do receptador é vital porque estimula a continuidade delitiva, considerando o seu interesse monetário sobre a empreitada criminosa, de modo que funciona como um incentivador do grupo delituoso e que, às vezes, encomenda a coisa subtraída, para a qual dará um destino lucrativo aos objetos receptados, ora desmanchando para vender ou reutilizar seus componentes, ora revendendo a outros receptadores, inclusive pelo meio virtual, a preços abaixo do mercado.

Não é difícil encontrar na imprensa notícias que dão conta de receptação de veículos e cargas envolvendo vultosas quantias, que causam prejuízo a toda a sociedade, como o caso ocorrido no Estado de Goiás, por meio da operação chamada "Livrai-nos do Mal" da Polícia Civil, em setembro de 2019, a partir da qual foi preso um líder do grupo criminoso especializado em receptação de cargas, ocasião em que foi recuperada uma carreta, com produtos agrícolas, cuja carga foi avaliada em um milhão de reais¹⁷.

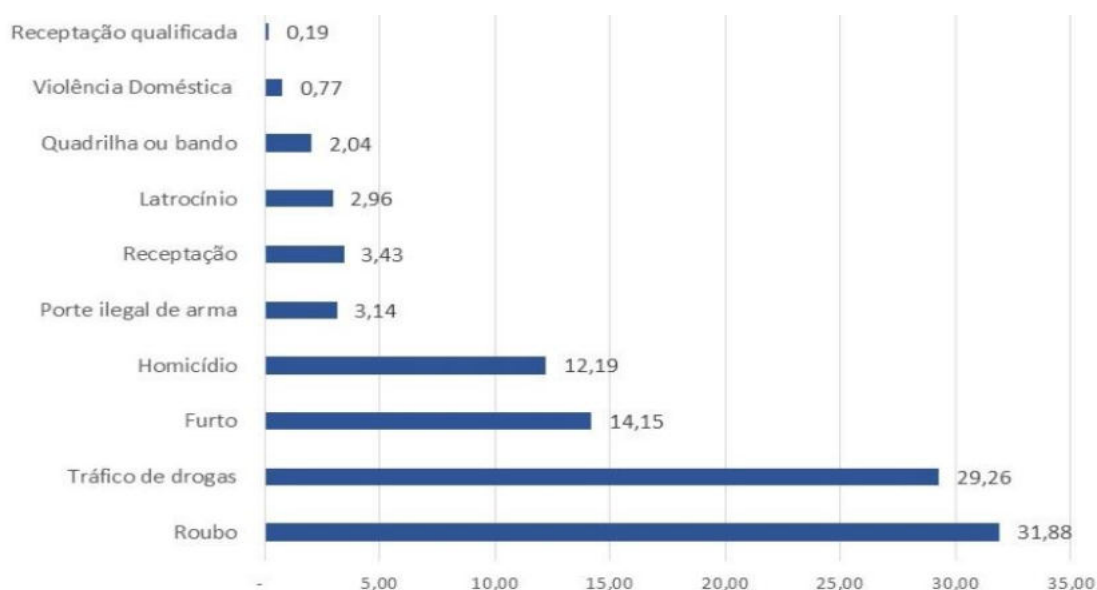
Assim, é inegável o prejuízo que a receptação causa à população, sobretudo na área da segurança pública, cujas ações delituosas estão a todo vapor e alimentam diversos ramos criminosos, que lhe antecedem e servem de destino para os produtos de origem ilícitas. Então, uma boa estratégia seria retirar o receptador dessa teia delituosa que, decerto, desestimularia os primeiros criminosos que não teriam mais a quem repassar os produtos de suas atividades ilegais.

4 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Para se ter uma ideia panorâmica dos males que a receptação causa à segurança pública do país, segue adiante um gráfico do Departamento Penitenciário

¹⁷ LORRUAMA, Thyélen. Portal Dia Online. "**Preso líder de grupo criminoso especializado em receptação de carga**". Goiânia: 2019. Disponível em: https://diaonline.ig.com.br/2019/09/05/prf-apreende-mais-de-12-toneladas-de-maconha-em-carga-de-oleo-em-goias/?utm_source=Thy%C3%A9len+Lorruama&utm_campaign=diaonline-author. Acesso em 24 set. 2020.

Nacional (DEPEN), concernente às pessoas presas do sexo masculino¹⁸, no ano de 2016, estratificados pelos delitos praticados, a partir do qual se observa que os crimes patrimoniais representam mais da metade da soma de todos os demais delitos, considerando que a receptação é geralmente o destino dos produtos de roubos e furtos que, somados, lideram no *ranking* da violência no Brasil¹⁹.



Fonte: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, Junho/2017

À vista do gráfico retro, observa-se que a receptação não é crime de menor importância, bem assim ostenta uma porcentagem expressiva no universo da violência e incentiva a prática de outros delitos, mormente como furto e roubo, portanto, merecendo a atenção dos poderes constituídos para que desenvolvam ações que punam os receptadores, no rigor da lei, a fim de garantir o direito fundamental da segurança pública à sociedade.

A percepção que se tem é que há pouca preocupação estatal com o problema da segurança pública no país, especialmente em relação à receptação. Diante dos

¹⁸ Representam 94,5% da população carcerária do Brasil em 2017, segundo relatório temático do Departamento Penitenciário Nacional sobre as mulheres privadas de liberdade: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto BRA 34/2018: produto 5 relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando os dados do produto 01, 02, 03 e 04**. Organização Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: 2019, p. 8.

¹⁹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho 2017. Organização Marcos Vinicius Moura. Brasília: 2019, p. 46.

números oficiais fornecidos pelo DEPEN, comprova-se que o Poder Público não consegue conter a escalada de violência que tomou conta do Brasil, tanto que, em 2017, o Brasil ostentou a terceira maior população penitenciária do mundo, com 726.712 presos²⁰.

Além disso, a posição que o delito de receptação ocupa na tabela do DEPEN, supra *printada*, não revela a sua realidade maléfica, uma vez que, embora não exista uma estatística oficial, os produtos de roubos e furtos, dificilmente, ficam em poder de seus autores, por isso, subtraem a coisa alheia móvel na intenção de, mediante retribuição ínfima, repassar, pagar ou trocar por droga o produto do crime.

No Senado Federal tramita um Projeto de Lei (PL) nº 27, de 2015, de autoria do Senador Marcos do Val (PPS/ES), que, se aprovado nas duas Casas legislativas, aumentará a pena do crime de receptação, na sua modalidade simples, para reclusão de 2 a 5 anos²¹, o que implicaria, dentre outras consequências, que somente o juiz de direito poderia arbitrar fiança em favor do receptador, se for o caso.

Atento ao mal causado à população local, o governo de Mato Grosso decidiu, em 2016, intensificar as suas ações contra a receptação e, a delegada de Polícia Civil responsável pela operação, pontuou que o crime de receptação é a força motriz de vários outros delitos, porque financia roubos, furtos, o tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, bem assim defendeu que a população precisaria ter consciência de sua participação nesse processo de combate à criminalidade²².

Dessa forma, como se verificou nos dados colhidos, especialmente do INFOPEN, os resultados apontam para a importância no combate e endurecimento ao delito de receptação, sobretudo pela via judicial, enquanto os poderes Executivo e Legislativo não realizam o seu dever constitucional de contribuir na área de segurança pública, no alcance de suas competências, de modo que é possível a utilização de técnicas processuais, com base na legislação vigente, para imprimir rigidez na condução da ação penal em face dos receptadores.

²⁰ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho 2016. Organização Thandara Santos. Brasília: 2017.

²¹ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1544, de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135802>. Acesso em 23 set. 2020.

²² MOLINA, Camila. Governo do Mato Grosso. **"Polícia Civil intensificará investigações contra receptação de produtos"**. Cuiabá: 2016. Disponível em: <http://www.mt.gov.br/-/domingo-policia-civil-intensificara-investigacoes-contrareceptacao-de-produtos>. Acesso em 24 set. 2020.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao analisar o crime de receptação, por meio de dados oficiais, bem como na doutrina e jurisprudência registrados ao longo do presente trabalho, constatou-se a relevância do delito patrimonial, ora estudado, e no mapeamento da violência existente no Brasil, haja vista que se trata de uma infração que pressupõe a prática de crime antecedente e que mantém em movimento uma corrente delituosa que envolve diversos outros delitos.

Por igual, considerando a inoperância estatal em face do combate à receptação, que está entrelaçada, sobretudo, com os crimes de furto e roubo, é chegado o momento de repensar a política de segurança pública e desenvolver estratégias que endureçam e inibam a ação dos receptadores.

Assim, pode-se combater estrategicamente o delito patrimonial em discussão com o aumento de pena de seu preceito incriminador secundário, elevação do valor da fiança e da pena de multa e a manutenção do tempo da custódia cautelar do receptador, quando legalmente possível, que revelam ações que contribuiriam bastante na redução da violência no país, levando em conta que inibiria a mentalidade criminosa acerca do lucro fácil sobre o patrimônio alheio.

Portanto, à vista da pesquisa realizada neste trabalho, chegou-se à conclusão de que as políticas criminais devem centrar mais atenção no combate à receptação, com o fim de reduzir e desestimular a prática de crimes antecedentes, notadamente como o furto e roubo, uma vez que os infratores dos referidos delitos antecedentes, que encabeçam a lista dos ilícitos mais praticados no Brasil, tendem a repassar a coisa subtraída aos receptadores, que mantêm o processo de retroalimentação das organizações criminosas.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. **Código Penal**. 2. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2019.

_____. Código de processo penal. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2017.

_____. [Estatuto do desarmamento (2003)]. **Estatuto do desarmamento**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2013.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1544, de 2019**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135802>. Acesso em 23 set. 20 / organização 20. Acesso em 24 set. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Guarda de bens produto de crime**. AgRg no HC 516263/SP. Quinta Turma. Ministro Relator Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília: DJe 12/09/2019.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Projeto BRA 34/2018: produto 5 relatório temático sobre as mulheres privadas de liberdade, considerando os dados do produto 01, 02, 03 e 04**. Organização Marcos Vinícius Moura Silva. Brasília: 2019.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho 2017 / organização Marcos Vinicius Moura. Brasília: 2019.

_____. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**, atualização junho 2016. Organização Thandara Santos. Brasília: 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **A Constituição e o Supremo**. Supremo Tribunal Federal. 6. ed. Atual. Até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal - parte especial (arts. 121 ao 361)**. Volume único. Rogério Sanches Cunha. 8 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal - Parte Geral. Vol. I**. 17 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

LORRUAMA, Thyélen. Portal Dia Online. **"Preso líder de grupo criminoso especializado em receptação de carga"**. Goiania: 2019. Disponível em: https://diaonline.ig.com.br/2019/09/05/prf-apreende-mais-de-12-toneladas-de-maconha-em-carga-de-oleo-em-goias/?utm_source=Thy%C3%A9len+Lorruama&utm_campaign=diaonline-author. Acesso em 24 set. 2020.

MANSUR, Rafaela. Jornal O Tempo. **"Mais de 700 celulares são apreendidos em operação de combate à receptação"**. Belo Horizonte: 2019. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/mais-de-700-celulares-sao-apreendidos-em-operacao-de-combate-a-receptacao-1.2173679>. Acesso em 24 set. 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato Nascimento. **Manual de direito penal**. 25. ed. revista e atualizada até 31 de dezembro de 2006. v. 2. São Paulo: Atlas, 2007.

MOLINA, Camila. Governo do Mato Grosso. "**Polícia Civil intensificará investigações contra receptação de produtos**". Cuiabá: 2016. Disponível em: <http://www.mt.gov.br/-/-domingo-policia-civil-intensificara-investigacoes-contrareceptacao-de-produtos>. Acesso em 24 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado: estudo integrado com processo e execução penal: apresentação esquemática da matéria: jurisprudência atualizada**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REALE JUNIOR, Miguel. **O elemento subjetivo do crime de receptação dolosa**. Revista Eletrônica Ad Judicia, Porto Alegre, ano I, n. I, out./nov./dez. 2013. Disponível em: http://www.academia.edu/5569759/Miguel_reale_-_recepta%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 22 set. 2020.

32. O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL

DIFFUSED CONVENTIONALITY CONTROL AS AN INSTRUMENT OF IMPARTIALITY'S EFFECTIVENESS IN THE CRIMINAL PROCESS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-32>

*Elias Trevisol*¹

RESUMO

As constantes mudanças no processo penal demandam a análise de como o instrumento que leva a uma pena de prisão é regido, seja por meio da Constituição, das leis ou dos costumes. A imparcialidade do julgador no processo penal detém mais relevância quando, após o século XVIII, movido pelo Iluminismo, se demanda uma postura isenta do juiz, equidistante dos interesses pessoais das partes, acusação e defesa. Em análise da imparcialidade do julgador, há que se perceber como se realiza a hermenêutica jurisdicional, ou seja, como a jurisdição funciona e quais mecanismos aptos à dar ao jurisdicionado a maior eficácia das garantias fundamentais com a melhor limitação do poder. Daí que há o reconhecimento de que o ato de julgar é ato político e que todo juiz faz jurisdição constitucional. Ainda que relevante a estrutura decisória através de um controle vertical de constitucionalidade, se apresenta como instrumento hábil a dar efetividade a imparcialidade do julgador o controle de convencionalidade, aliada à análise da jurisprudência internacional sobre direitos humanos e a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. O conteúdo valorativo inerente às decisões judiciais faz parte do arcabouço decisório, portanto, em contraposição, se pretende demonstrar que os pactos internacionais sobre direitos humanos auxiliam na construção de um julgamento, ainda que inadmissivelmente neutro, imparcial, justo e democrático.

Palavras Chave: Convencionalidade; Imparcialidade; Decisão; Processo.

ABSTRACT

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Atualmente é advogado, palestrante e professor em Direito Penal e Direito Processual Penal. É Presidente da Associação Nacional da Advocacia Criminal - ANACRIM/SC e Presidente da Comissão de Assuntos Prisionais da OAB/SC Porto União, possui pós-graduação em Processo Civil pela UNINTER e é pós-graduando em Processo Penal pelo CEI, bem como Doutorando em Direito e Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Nacional de Córdoba, UNC, Argentina. Linha de pesquisa em processos, sistemas punitivos, teoria da decisão e Democracia. Membro do IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

The constant changes in the criminal process demand an analysis of how the instrument that leads to a prison sentence is governed, whether through the Constitution, laws or customs. The judge's impartiality in the criminal process is more relevant when, after the 18th century, driven by the Enlightenment, a posture that is exempt from the judge, equidistant from the parties' personal interests, accusation and defense, is demanded. In analyzing the judge's impartiality, it is necessary to understand how jurisdictional hermeneutics is carried out, that is, how the jurisdiction works and which mechanisms are capable of giving the jurist the greatest effectiveness of fundamental guarantees with the best limitation of power. Hence there is a recognition that the act of judging is a political act and that every judge has constitutional jurisdiction. Although the decision-making structure is relevant through a vertical control of constitutionality, the control of conventionality is presented as a skillful tool to give effect to the impartiality of the judge, combined with the analysis of international jurisprudence on human rights and the rule of the American Convention on Human Rights of 1969. The evaluative content inherent in judicial decisions is part of the decision-making framework, therefore, in contrast, it is intended to demonstrate that international pacts on human rights help in the construction of a judgment, even if inadmissibly neutral, impartial, fair and democratic.

Keywords: Convencionalidade; Imparcialidade; Decisão; Processo.

INTRODUÇÃO

O processo penal está em constante mudança e as discussões em torno do aspecto decisório do julgador merecem análise, principalmente, quanto às limitações ou mesmo a forma imparcial de julgar a causa penal.

A imparcialidade, em que pese reconhecida aos juízes criminais desde antes da vigência da Constituição Federal de 1988, não se define ou concretiza por si só, mas através do exercício da jurisdição em conformidade com a técnica interpretativa utilizada pelo exegeta.

É no sentido de questionar qual o método de interpretação deve guiar o julgador que o primeiro capítulo explora a jurisdição constitucional e em como esse método se relaciona com um sistema democrático de julgamento, reconhecendo, ainda, que o juiz não só lida com as normas jurídicas, mas em seu processo decisório, insere conteúdo valorativo (axiológico).

A busca por um processo penal que afaste a ingenuidade de uma neutralidade do julgador é o vetor que impulsiona e encontra nos direitos humanos os anseios libertários da Constituição de 1988, além disso, tanto a Lei Maior, quanto os tratados de direitos humanos expressam quais valores o julgador deve se ater, primando pela

observância da jurisprudência da Corte Internacional de Direitos Humanos e preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, ambos diplomas legais em vigência no direito interno brasileiro.

É possuindo como norte a Constituição e os tratados internacionais que o *paper* possui o intento de desenvolver uma lógica hermenêutica para a valorização dos direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, a limitação do poder punitivo, especialmente, quando se tem a consciência de que o direito e o processo penal serve como vulneração dos mais pobres, ou, como diria Ferrajoli, o mais “débil”.

Em suma, o presente *paper* objetiva argumentar e construir uma técnica interpretativa para o julgador do processo penal, cujo centro se escora na Constituição e, em desenvolvimento decisório, ponha em confronto seus valores e a própria jurisprudência internacional de direitos humanos.

A opção sugerida para tanto é a utilização, no processo decisório, do controle de convencionalidade, meio apto à filtrar anseios punitivos e decidir a causa penal com vistas a eficácia dos direitos humanos, norteado pelo princípio *pro homine*.

A (IM)PARCIALIDADE DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O SISTEMA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO

É importante delimitar e sedimentar como o processo penal deve ser lido e qual é a função jurisdicional do juiz no curso da persecução penal, principalmente, quanto ao seu papel diante do cenário constitucional no regime democrático firmado pela Constituição Federal de 1988.

O afastamento do julgador para com as partes no processo penal é questão suscitada desde o século XVIII, no qual trouxe o período iluminista a necessidade de uma transição de um sistema inquisitorial para a busca de implementação de um sistema acusatório no processo, separando as funções de acusação, defesa e julgamento, primando pela imparcialidade².

² Castex, Francisco. “Sistema acusatório material: Uma investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo”. Cidade de Buenos Aires: Del Puerto, 2013. p. 59.

A Constituição Federal brasileira, a propósito, acolheu explicitamente o sistema acusatório quanto ao processo penal, possuindo como característica básica a equidistância do juiz quanto aos interesses das partes³.

A imparcialidade do julgador no processo penal é a uma espécie de pêndulo em que se fundamenta um processo penal que objetiva a eficácia do sistema de garantias da Constituição e a limitação ao poder estatal, instrumento necessário elevado à Princípio Supremo do Processo para a estrutura dialética e responsável por todo o (des)equilíbrio do sistema de administração da justiça⁴.

Com efeito, a concepção moderna de Constituição, como sendo a representação de uma ordem sistemática e racional da comunidade política de um Estado, a qual declara as liberdades e os direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, alia à expressões de limites ao poder político, como forma de garantia a todos em sociedade (constitucionalização das liberdades), ultrapassa a visão reducionista de que a Constituição é um "pedaço de papel ou mais um diploma legal", e passa a projetar a ser um instrumento e elemento autônomo no campo de forças de um grupo de hegemonia política, possuindo *força normativa*⁵.

Com base na assertiva de que a Constituição deva projetar normas para o futuro, com base na realidade do presente, é que se estabelece a força normativa da constitucional como um instrumento legal que possua longevidade, ou seja, perdure no tempo, aproximando-se de uma Constituição ideal⁶.

Torna-se, portanto, lógica a estrutura de Estado Constitucional de Direito que tenha a força normativa da Constituição como sendo a vontade do povo, o fundamento da *supremacia constitucional*, por isso é tão importante a existência dos limites constitucionais do poder, não podendo nenhum poder (judicial, executivo ou

³ Brasileiro de Lima, Renato. "Manual de processo penal". 8ª Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 44.

⁴ Lopes Júnior, Aury. "Fundamentos do processo penal: Introdução Crítica". 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 171-172.

⁵ Gornicki Nunes, Leandro. "Contraditório e processo penal democrático", em Nelson de Miranda Coutinho, Jacinto *Et Al* (Coord.): Mentalidade Inquisitorial e processo penal no Brasil. Vol. 1, Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 204-205.

⁶ *Idem*. p. 205-206. O doutrinador Dr. Leandro Gornicki Nunes conceitua como um modelo ideal de Constituição como sendo um diploma normativo que possua "*longevidade*" e "*duração no tempo*", ligando a "*supremacia da constituição*" e a "*vontade do povo*" no momento inaugural da ordem estatal.

legislativo) ser soberano⁷.

Na perspectiva de que a Constituição deve "constituir a ação"⁸ e de que o constituinte de 1988 impôs uma estrutura dialética e acusatória ao processo penal conforme o preceito do artigo 129, I, da Constituição Federal, cabe ao juiz ser guiado pela jurisdição constitucional, meio apto a conferir legitimidade do judicial review como garantidor de condições mínimas para o transcurso do processo democrático⁹.

Ainda, é necessário esclarecer que qualquer ato judicial é ato de jurisdição constitucional, por consequência, todo juiz faz jurisdição constitucional, especialmente, quando se entende o sistema jurídico a partir da Constituição¹⁰.

Partindo do sistema de jurisdição constitucional, no qual a função do juiz em nada se assemelha à acusação ou mesmo à defesa, pode-se concluir a imparcialidade do julgador deve imperar no processo penal de viés democrático, resultando em sua vinculação jurisdicional à Constituição e as demais normas infraconstitucionais para exercer, de forma efetiva, a representação de um tribunal justo e independente¹¹.

A efetividade do exercício de uma jurisdição constitucional, no entanto, ainda que delineado pelo constituinte de 1988, pode ser garantida pelo controle difuso (incidental) de convencionalidade, eis que tal instrumento concretiza a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano (base do princípio *pro homine* ou *pro persona*), ultrapassando a primeira compatibilidade material (a compatibilidade com a Constituição)¹².

Para além de uma sistemática em que valorize uma hermenêutica do direito através de uma visão mecanicista, formal, lógico, técnico, dedutivo, se busca analisar o controle difuso de convencionalidade das normas como instrumento hábil à determinar a justa imposição de imparcialidade no processo penal.

⁷ *Idem*. p. 207.

⁸ Lopes Júnior, Aury. "Fundamentos do processo penal: Introdução Crítica". *Idem*. p. 30.

⁹ Montai de Lima, Rogério. "Constitucionalismo de transição e transformação: Uma interface com a judicialização e ativismo judicial". Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 78.

¹⁰ Streck, Lênio Luiz. "Jurisdição constitucional". 6ª Ed. Rio de Janeiro, 2019. p. 158.

¹¹ Arocena, Gustavo. *Et Al*. "Manual de derecho procesal penal". 2ª Ed. Córdoba: Itellectus, 2004. p. 38.

¹² Oliveira Mazzuoli de, Valério. "Controle jurisdicional da convencionalidade das leis". 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 160.

Como imparcialidade não pode-se entender como isenção do julgador ou mesmo sua neutralidade, pois reconhece-se que em todo ato decisório à conteúdo valorativo (exiológico).

A imparcialidade aqui defendida é justa e tão somente uma posição de afastamento do juiz quanto aos interesses das partes, sendo certo que em toda decisão judicial é um ato político e que toda interpretação jurídica é um exercício de valores¹³.

A inclusão de valores no ato decisório é sempre existente, todavia, é preciso que haja um mínimo de previsibilidade, que advém da aplicação do direito e não da moral¹⁴.

O CONTROLE DIFUSO DE CONVENCIONALIDADE E OS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS COMO NORTE PARA A IMPARCIALIDADE DO JULGADOR NO PROCESSO PENAL

Há no processo penal brasileiro um *paradigma do sistema*, o qual define a imparcialidade. Ela, a imparcialidade, convive mal com os incertos e muitas vezes, contraditórios, interpretativos, sendo, ela, a própria essência do “justo processo”¹⁵.

Riccio afirma que se em um processo penal, se a imparcialidade “é calibrada a partir da autonomia cognitiva do juiz, ela é completamente comprometida por pré-avaliações judiciais”¹⁶.

Admitir que o direito e os valores morais dos julgadores possuam uma relação de racionalidade completa¹⁷, ou mesmo, uma relação necessária e vinculativa¹⁸, implica em reconhecer que o juiz observa a norma de conteúdo vinculante em

¹³ Rosa de Andrade, Lédio. “O que é direito alternativo”. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 37.

¹⁴ Streck, Lênio Luiz. “Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial”. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 129.

¹⁵ Riccio, Giuseppe. “Imparcialidade: Entre situação subjetiva e paradigma de sistema”, En Jacobsen Gloeckner, Ricardo (Coord.). Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 188.

¹⁶ *Idem*. p. 211.

¹⁷ Habermas, Jürgen. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 216.

¹⁸ Alexy, Robert. “Conceito e validade do Direito”. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 43-47.

consonância ao conteúdo axiológico, especialmente, quando precisa analisar conteúdo normativo indissociável da esfera moral, tal como dignidade humana, sociedade justa¹⁹ ou mesmo, liberdade. É dizer, ao exercer a jurisdição (*constitucional*), sobretudo no processo penal, o juiz profere determinações legais em observância a seu conjunto de valores.

O suprarreferido conceito de *valor ou "valores"* é o conteúdo principal do estudo dos Direitos Humanos, uma vez que representariam, ao menos numa concepção ocidental, um ideal a ser seguido por todos os povos e nações e estariam ligados à questão moral, essa conjuntura normativa dos Direitos Humanos, portanto, caracterizam o que se chama de Jurisprudência da Valoração²⁰.

Os fundamentos éticos-filosóficos dos Direitos Humanos são fundamentais para a interpretação e a aplicação da Constituição e das leis no estado democrático de direito²¹, assim, a partir dos *diálogos das fontes*²², integra ao direito doméstico a obrigatoriedade do réu, num processo penal, ser julgado por um tribunal independente e imparcial, refletindo a imparcialidade do julgamento no afastamento de um pré-juízo valorativo que seja contrário à Jurisprudência sobre Direitos Humanos.

Daí a relevância da realização da utilização do controle difuso de convencionalidade para a manutenção da imparcialidade do julgador (não sua neutralidade), ao mesmo tempo em que a jurisprudência sobre os direitos humanos deve guiar o sistema valorativo do intérprete, buscando uma interpretação teleológica das leis²³, favorecendo quem Ferrajoli nomeia de mais *débil* (fraco) na

¹⁹ Costa de Barros, Caroline Maria. "A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i)legítimo do discurso do ódio". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 84.

²⁰ *Idem*. p. 49.

²¹ Montai de Lima, Rogério. "Constitucionalismo de transição e transformação: Uma interface com a judicialização e ativismo judicial". Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 88.

²² Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 87.585-8-TO). Data de julgamento: 12 de março de 2008. No caso, o Ministro Celso de Mello reconheceu o valor constitucional aos tratados de Direitos Humanos na ordem jurídica interna brasileira, independentemente da aprovação por maioria qualificada (cf. § 3º, do art. 5º, da Constituição Federal), assentando, ainda, que as fontes internas e internacionais devem "dialogar" entre si).

²³ Rosa de Andrade, Lédio. "O que é direito alternativo". 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014. p. 41.

relação processual²⁴ ou mesmo as classes sociais menos favorecidas.

A partir do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) exarou jurisprudência na qual obriga o controle interno da convencionalidade das normas pelos magistrados. Esse, frisa-se, foi o caso que inaugurou a obrigatoriedade dos países signatários e efetuarem o controle de convencionalidade no continente americano²⁵.

Outro caso emblemático e paradigmático que dispõe sobre a obrigatoriedade do controle de convencionalidade das leis internas em conformidade com a Convenção Americana é o *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*, julgado em 26 de dezembro de 2010 pela CIDH, cujo julgamento fixou a obrigação de juízes e tribunais nacionais em aplicar a Convenção Americana segundo a interpretação que dela faz a Corte Americana²⁶.

O Brasil manifestou adesão às normas da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (CADH), pacto internacional também conhecido como "Pacto de São José da Costa Rica" através do Decreto nº 678/92. Ao conceber a CADH em seu direito interno, houve a imposição a todos os julgadores brasileiros a reafirmação e o propósito de consolidar como vetores decisórios os princípios de liberdade e de justiça social, fundado no respeito aos direitos humanos essenciais²⁷.

Com efeito, a obrigatoriedade de todo juiz exercer a jurisdição constitucional implica em, conjuntamente, realizar um controle difuso de convencionalidade no qual estabeleça critérios de um julgamento independente e justo, utilizando o direito, sobretudo, processual e penal, como limitação do abuso do poder punitivo e exercendo uma exegese que favoreça os direitos fundamentais, em que reconheça na Constituição e nas Convenções internacionais de direitos humanos uma concreta

²⁴ Ferrajoli, Luigi. *"El paradigma garantista: filosofía crítica del derecho penal"*. Madrid: Editorial. Trotta, 2018. p. 57.

²⁵ Oliveira Mazzuoli de, Valério. "Controle jurisdicional da convencionalidade das leis". 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. p. 41-42.

²⁶ *Idem*. p. 46.

²⁷ Guerra, Sidney. "Curso de Direito internacional público". 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016. p. 565.

força normativa de conteúdo político e não uma mera carta de intenções políticas²⁸.

Assim, a utilização do controle difuso de convencionalidade, ao mesmo tempo em que valida a jurisdição constitucional, oferece e oportuniza, como instrumento, ao juiz, uma forma de efetivação dos direitos humanos e fundamentais, mantendo a imparcialidade durante todo o processo penal como vetor diretivo e angular de um julgamento justo e independente.

CONCLUSÕES

O exame da jurisdição constitucional revela que todo ato de julgar é ato em que o juiz expressa a vontade do povo como sendo verdadeira expressão da supremacia da Constituição.

A Constituição, por sua vez, não deve ser entendida apenas como cartilha de lei, como um pedaço de papel simbólico de direitos programáticos, ao contrário, a Lei Maior deve ser compreendida como a tensão entre a máxima efetividade dos direitos fundamentais e a limitação do poder, com descrição de direitos expressos no presente, mas com vistas no futuro, possuindo, inclusive, força normativa e cogente.

O julgador penal, durante o processo decisório, deve utilizar como instrumento um duplo controle vertical de legalidade, a iniciar pela adequação do fato à Constituição (Controle difuso de constitucionalidade) e, após, obrigatoriamente realizar um controle difuso de convencionalidade, guiado pelas decisões da CIDH e regramentos sobre direitos humanos internacionais, em especial, a CADH.

Em que pese a instrumentalidade apresentada com o objetivo de controlar a imparcialidade do julgador, ou seja, lhe colocar em evidente equidistância dos interesses das partes mediante as normas constitucionais e internacionais sobre direitos humanos, nota-se que a técnica, por si só, não basta. É preciso mais.

É preciso reconhecer que todo ato de julgar é ato político, portanto, é evidente a inexistência de neutralidade do julgador criminal, não se podendo esperar que a técnica hermenêutica, embora importante, seja suficiente para um julgamento imparcial.

²⁸ Urquhart Cardematori, Sergio. "O papel da legislação no Estado constitucional", En Carvalho, Diego de; Carvalho, Gabriela de; Carvalho, Salo de. (Coord.) Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. p. 195.

Assim, a decisão judicial é composta necessária e originalmente de um modelo de julgamento, sendo certo que qualquer decisão tomada servirá a manutenção do sistema penal mecanicista atual ou servirá a um direito alternativo, que não se curva ao mecanismo processual penal sedimentado na opressão da classe mais pobre ou mais frágil.

Com efeito, se observa que todo ato de julgar é o imediato exercício da jurisdição constitucional e conserva sua imparcialidade (equidistância) no processo penal, suprimindo, ao menos em parte, o ímpeto axiológico das decisões quando em confronto com a Jurisprudência da Valoração sobre direitos humanos, sendo imperativo, segundo a própria CIDH, a realização do controle difuso de convencionalidade pelos julgadores de cada país signatário dos pactos internacionais.

O controle difuso de convencionalidade das normas, ao mesmo tempo em que leva ao juiz analisar a jurisprudência internacional sobre direitos humanos, de cunho valorativo, serve de instrumento axiológico para a construção de uma decisão judicial penal que reconheça na Constituição e nas Convenções internacionais de direitos humanos uma concreta força normativa de conteúdo político e não uma mera carta de intenções políticas.

O intento do presente paper, é claro, não é exaurir a construção de uma teoria da decisão, mas perceber que somente através da Constituição e das normas internacionais dos direitos humanos é que uma decisão judicial pode, minimamente, preservar a garantia judicial de imparcialidade. É o que propôs o trabalho e se conclui, a utilização do controle difuso de convencionalidade como forma autêntica de um direito mais democrático e menos autoritário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Arocena, Gustavo. *Et Al.* Manual de derecho procesal penal. 2ª Ed. Córdoba: Itellectus, 2004.

Alexy, Robert. Conceito e validade do Direito. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

Brasileiro de Lima, Renato. Manual de processo penal. 8ª Ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2020.

Carvalho, Diego de; Carvalho, Gabriela de; Carvalho, Salo de. (Coord.) Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

Castex, Francisco. Sistema acusatório material: Uma investigación sobre los fundamentos del querellante autónomo. Cidade de Buenos Aires: Del Puerto, 2013.

Costa de Barros, Caroline Maria. A moral como instrumento limitador da liberdade de expressão: apontamentos sobre o exercício (i)legítimo do discurso do ódio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

Ferrajoli, Luigi. *El paradigma garantista*: filosofía crítica del derecho penal. Madrid: Editorial. Trotta, 2018.

Guerra, Sidney. Curso de Direito internacional público. 10ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Habermas, Jürgen. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997

Jacobsen Gloeckner, Ricardo (Coord.). Sistemas processuais penais. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

Lopes Júnior, Aury. Fundamentos do processo penal: Introdução Crítica. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Montai de Lima, Rogério. Constitucionalismo de transição e transformação: Uma interface com a judicialização e ativismo judicial. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

Nelson de Miranda Coutinho, Jacinto *Et Al* (Coord.). Mentalidade Inquisitorial e processo penal no Brasil. Vol. 1, Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

Oliveira Mazzuoli de, Valério. Controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense.

Rosa de Andrade, Lédio. O que é direito alternativo. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

Streck, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional. 6ª Ed. Rio de Janeiro, 2019.

Streck, Lênio Luiz. "Precisamos falar sobre direito e moral: os problemas da interpretação e da decisão judicial". Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

**33. QUANTO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTE O GARANTISMO?
REFLEXÕES ACERCA DA CRÍTICA DE FERRAJOLI AO NEOCONSTITUCIONALISMO
PRINCIPIALISTA**

*HOW MUCH DOES THE GUARANTEEISMGUARANTEE FUNDAMENTAL RIGHTS?
REFLECTIONS ABOUT FERRAJOLI'S CRITICISM TO PRINCIPIALIST
NEOCONSTITUTIONALISM*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-33>

Felinto Martins Filho¹

Érica Montenegro Alves²

Resumo

Com o texto, pretende-se contrapor dois modelos epistemológicos do constitucionalismo: o garantismo, de Luigi Ferrajoli, e as teorias dos princípios, de Ronald Dworkin e Robert Alexy. A partir da crítica de Ferrajoli à teoria dos princípios, pretende-se, sem esgotar o tema, levantar uma reflexão com a seguinte questão: o que garante o garantismo, este modelo teórico nos fornece uma maior segurança na proteção dos direitos fundamentais que as teorias dos princípios? A partir da análise da divergência teórica entre os modelos de constitucionalismo, cola-se em evidência a inviabilidade de sincretismo metodológico, pondo em xeque a ideia comum de que o Garantismo é a forma mais adequada de otimização de direitos fundamentais. Trata-se de pesquisa qualitativa, bibliográfica e exploratória. Conclui-se que a máxima da proporcionalidade, próprio da teoria dos princípios, que se opõe ao garantismo, possui vantagens em relação ao modelo de Ferrajoli. Palavras-chaves: Garantismo. Positivismo. Neoconstitucionalismo. Principialismo. Proporcionalidade.

¹ Doutorando e mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza, bolsista pela Fundação Cearense de apoio ao desenvolvimento científico e tecnológico - FUNCAP. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP. Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza. Vice-presidente da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-CE. Membro dos Grupos de pesquisa: História do Direito, Jurisdição Constitucional e Teoria Política Internacional; Constitucionalismo de 1937 e o Estado Novo, sob orientação do prof. Dr. Martonio Mont'Alverne Barreto Lima. Estuda Constitucionalismo e Teoria Política, com ênfase em Direitos Fundamentais, Controle da Constitucionalidade, Direito Penal e Processual Penal.

² Mestre em Direito Constitucional Público pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) (2019), Advogada Criminal.

Abstract

With the text, it is aimed to contrast two epistemological models of constitutionalism: the guaranteeism, by Ferrajoli, and the theory of principles, by Ronald Dworkin and Robert Alexy. Based on Ferrajoli's criticism of the theory of principles, it is intended, without exhausting the topic, to answer the question: what guarantees guaranteeism; does this theoretical model provide us with greater security of fundamental rights than the theories of principles? Based on the analysis of the theoretical divergence between the models of constitutionalism, the unfeasibility of methodological syncretism is highlighted, calling into question the common idea that guaranteeism is the most appropriate way of optimizing fundamental rights. It is a qualitative, bibliographic and exploratory research. It is concluded that the maxim of proportionality, typical of the theory of principles, which is opposed to guaranteeism, has advantages in relation to the Ferrajoli's model.

Keywords: Guaranteeism. Positivism. Neoconstitutionalism. Principialism. Proportionality.

Introdução

Pretendemos apresentar uma contraposição entre dois modelos teóricos de constitucionalismo: o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista; respectivamente, a concepção de Luigi Ferrajoli, de um lado, e a dos chamados "não positivistas", de outro, notadamente Dworkin e Alexy. O objetivo geral consiste em verificar a compatibilidade entre os dois modelos e colocar em xeque a hegemonia do garantismo penal, tão em voga no Brasil, contribuindo para a reflexão da seguinte questão: o garantismo garante mais ou garante melhor os direitos fundamentais?

Trata-se de artigo de reflexão filosófica, de natureza qualitativa, com uso de materiais bibliográficos e do tipo exploratória. Na primeira parte expõe-se o garantismo a partir da obra de Ferrajoli e coloca-se o problema, suas críticas às teorias dos princípios. Na segunda parte está o núcleo do trabalho, a apresentação dialética das teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy, os mais difundidos representantes do não positivismo no Brasil. Por fim, chega-se às considerações finais conclusivas.

1 O Garantismo de Ferrajoli e sua oposição à teoria dos princípios

Apesar da vasta obra de Ferrajoli no campo da Teoria Geral do Direito e do fato de ser ele professor desta disciplina, o autor italiano é mais famoso no Brasil entre os penalistas e como um autor de doutrina penal. Isto se deve ao fato de que Ferrajoli ingressa no debate teórico brasileiro a partir da tradução de uma de suas mais importantes obras: *Direito e razão, teoria do garantismo penal*, originalmente em italiano, publicado em 1990. É raro um livro ou artigo que trate de assunto em matéria penal e não dialogue com o pensamento de Ferrajoli, seja para concordar ou discordar.

Tamanha é a influência de Ferrajoli no debate jurídico atual, que uma forte oposição vem surgindo, formando-se duas classes extremas: os *garantistas* e os *antigarantistas*, entre os quais os chamados (em tom crítico) de *punitivistas*. Uma das mais contundentes críticas ao garantismo penal está na obra de Pessi e Souza, intitulada “Bandidolatria e democídio, ensaios sobre garantismo penal e criminalidade”. Numa crítica mais panfletária que científica, os autores se propõem a rejeitar o garantismo, atribuindo-lhe a pecha de defesa cega de bandidos.

Outra crítica, ainda que indireta, é afirmada por Fischer, denunciando o que entende por “garantismo hiperbólico monocular”. Para Fischer, o pensamento de Ferrajoli é levado a um exagero no Brasil (e não na teoria original), principalmente quando a invocação de garantias constitucionais (garantismo) serviria tão somente para a tutela dos direitos fundamentais dos violadores da lei penal, mas não na defesa dos direitos sociais, como segurança pública, vida, patrimônio coletivo etc. É da percepção de uma aplicação exagerada e restrita, segundo Fischer³ que se define o garantismo, da forma como aplicada no Brasil, como hiperbólico e monocular (exagerado e de visão única).

Curiosamente, pouco se discute acerca do Ferrajoli positivista⁴ e de sua

³ FISCHER, 2018, p. 2.

⁴ O positivismo jurídico, embora historicamente relacionado, possui independência do positivismo metodológico de Comte. Por positivismo deve-se compreender, neste trabalho inserido na Teoria do Direito, como “uma filosofia do direito que enfatiza o caráter convencional da natureza do direito – que ele é socialmente construído. De acordo com o positivismo jurídico, Direito é sinônimo de norma positiva, isto é, normas feitas pelo legislador ou considerado o *commom law* ou caso jurídico.”

refinada Teoria Geral do Direito. À parte da discussão apaixonada e de duvidosa densidade científica que garantistas penais e punitivistas travam no Brasil, Ferrajoli insere-se no debate jurídico-epistemológico acerca da natureza, definição e limites do conceito e conteúdo do Direito. Garantismo é, para além de uma mera bandeira numa discussão de política-criminal, uma elaborada teoria dos direitos fundamentais em geral e é esta sua concepção que será objeto deste trabalho.

O garantismo de Ferrajoli⁵, numa perspectiva geral, e não apenas restrita ao universo penal, é concebido, em síntese, “[...] *como un nuevo paradigma iuspositivista del Derecho y de la democracia*”. Este novo modelo juspositivista, segundo Ferrajoli, une a exigência de conformação formal (formalismo) do paleopositivismo - onde a validade se satisfaria com os trâmites formais do processo legislativo - à necessidade de conformação da legislação com a matéria constitucional, ou seja, uma adequação substancial.

Assim, os direitos naturais ou humanos são compreendidos, para Ferrajoli, como partes do Direito positivo, já que incorporados aos textos constitucionais e internacionais. A constituição brasileira, por exemplo, ao prever o respeito à dignidade da pessoa humana como um de seus fundamentos no art. 1º, III; o direito à cidadania, art. 1º, II; a proteção à vida, liberdade e igualdade no ar. 5º, incorporaria ao texto os bens mais básicos que a partir do Iluminismo são compreendidos como fundamentais e pertencentes a todos os homens⁶ pelo simples fato de serem humanos.

Esta compreensão do fenômeno constitucionalista não é, porém, dominante. Para grande parte dos teóricos, a invasão dos valores - das normas abertas que apontam para direitos naturais ou direitos humanos - seria uma superação do positivismo jurídico⁷. A isto se opõe Ferrajoli, para quem a incorporação necessária de valores e de referência a direitos humanos básicos nos textos políticos (constituições, tratados etc) constitui-se em uma vitória teórica da concepção

(HIMMA, Kenneth E. Encyclopedia of Philosophy. Disponível em <https://www.iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em 30. 11.2018). A tradução é de minha responsabilidade.

⁵ FERRAJOLI, 2008, p. 267.

⁶ CANOTILHO, 2003. p. 393

⁷ Assim: “Segun esta tesis, el constitudonalismo equivaldría a una superación o, directamente, a una negacion del positivismo jurídico, que ya no resultaría idoneo para dar cuenta de la nueva naturaleza de las actuales democracias constitudonales.” (FERRAJOLI, 2011, p. 21)

epistemológica positivista, pois a partir daí estão positivados – e só então são exigíveis – os direitos fundamentais⁸.

Portanto, Ferrajoli rejeita a ideia de constitucionalismo ou o neoconstitucionalismo como superação da tese positivista de separação entre direito e moral. Além disso, opõe-se a uma série de teorias e métodos interpretativos (ou concretizadores) próprios do chamado pós-positivismo. Ferrajoli reivindica o seu constitucionalismo garantista como maior garantidor de direitos fundamentais, alegando que estes estariam em risco com as técnicas de ponderação e teoria dos princípios.

Assim, compreende-se por garantismo, na concepção de Ferrajoli, como o constitucionalismo que observa a incorporação de direitos humanos (ou naturais) aos textos constitucionais e que exige, no plano de validade da norma, uma conformação não apenas formal - procedimental - mas também substancial entre a produção do legislador - as leis - e os direitos materiais previstos na Constituição. O ponto de divergência com o pós-positivismo começa por sua rejeição explicativa: a incorporação de direitos até então tidos por naturais e a exigência de conformação substancial entre lei e constituição seria a afirmação do positivismo, e não sua superação.

Como consequência desta rejeição, Ferrajoli também rechaça as mais simbólicas teses das teorias não-positivistas: a teoria dos princípios e a proporcionalidade. Alega Ferrajoli

El constitudonalismo rigido, tal como he escrito en varias ocasiones, no es una superación, sino que es, antes bien, un reforzamiento del positivismo juridico, que se amplía a las opciones -los derechos fundamentales estipulados en las normas constitucionales - las que deve someterse la produccion del derecho positivo. Es el fruto de un cambio de paradigma del viejo iuspositivismo, producido por el sometimiento de la produccion normativa a normas de derecho positivo no sólo formales sino también sustanciales.

Comopositor do movimento pós-positivista (ou não positivista), Ferrajoli

refuta os modelos teóricos de dois de seus maiores representantes, com grande influência na doutrina brasileira: Alexy e Dworkin. Esses dois autores têm em comum uma concepção de norma jurídica. Para ambos os ícones do não positivismo, normas são gêneros das quais se dividem, pelo menos, as regras e os princípios. Dworkin distingue ainda as políticas, decisões coletivas que não poderiam ser ponderadas ou derogadas por decisão judicial. Diz Dworkin⁹ em seu famoso artigo Modelo de Regra

I want to make a general attack on positivism, and I shall use H. L. A. Hart's version as a target, when a particular target is needed. My strategy will be organized around the fact that when lawyers reason or dispute about legal rights and obligations, particularly in those hard cases when our problems with these concepts seem most acute, they make use of standards that do not function as rules, but operate differently as principles, policies, and other sorts of standards.

Assim, em um “ataque” ao que entende por ser a tese central na teoria positivista, sustenta o Dworkin que, ao lado das regras, os juristas se valem de um padrão de decisão que está além do direito positivo, são notadamente os princípios, entendidos como vetores de justiça. Trata-se, em essência, da junção entre Direito e moral. Como mais à frente se verá, a ideia de Dworkin não era propor que os magistrados, a seu arbítrio, afastassem regras e aplicassem o que bem entendessem por justo. Sua ideia vai na contramão do arbítrio.

Ao perceber que a tese positivista - notadamente de Hart - considera Direito apenas um conjunto de regras validadas por meio de uma espécie de “teste de *pedrigree*”, e de que como consequência, quando os juristas não encontram uma regra adequada ao caso, valem-se de discricionariedade para decidir a demanda, Dworkin sustenta haver parâmetros de decisão meta-positivos - ou seja, além das regras - que devem orientar a decisão do aplicador da norma, gerando para as partes um direito a uma resposta correta, rejeitada a discricionariedade.

Alexy também segue a ideia de que normas se dividem em regras e princípios, e que a diferença entre ambas não consiste em uma distinção de grau, mas

⁹ DWORKIN, 1967, p.22.

qualitativa. Seu conceito de princípio é, porém, um pouco distinto. Para Alexy¹⁰, princípios são normas com dimensão variada de satisfação, concebidos como mandamentos de otimização que determinam que algo deve ser cumprido na maior medida possível dentro das condições jurídicas e fáticas existentes.

As possibilidades jurídicas de realização de princípios pressupõem que esta espécie normativa entra ocasionalmente em colisão entre si. Alexy formula então uma teoria dos direitos fundamentais a partir da observação da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, a fim de estabelecer critérios racionais de argumentação e fundamentação judicial. A máxima da proporcionalidade é o recurso utilizado para a solução da colisão entre os direitos fundamentais, os quais possuem natureza de princípios¹¹.

Alexy possui uma teoria rigorosa. Seu critério de colisão de princípios por meio da máxima da proporcionalidade não equivale a um juízo arbitrário acerca da razoabilidade da aplicação da norma. Há três critérios de sopesamento que devem ser criteriosamente fundamentados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Um famoso caso ocorrido na Alemanha ilustra a técnica e a exigência de argumentação para a solução dos inevitáveis (segundo Alexy) casos de colisão.

Chegou ao judiciário uma discussão sobre direitos fundamentais no qual, de um lado, protegia-se o direito à privacidade e à ressocialização de um condenado por crime grave na cidade de Lebach, onde se pretendia impedir documentário sobre seu caso produzido pela emissora de televisão ZDF (*Zweites Deutsches Fernsehen*). De outro lado, o direito à informação, de expressão e liberdade de imprensa. O Tribunal Constitucional Federal entendeu, ponderando os direitos, que nenhum dos direitos em colisão possui prevalência *a priori* e abstratamente sobre o outro. Assim, não se trata de um conflito entre regras.

No caso concreto, ponderou-se um conjunto de circunstâncias que, por estarem presentes, fazem com que naquele caso específico, um direito fundamental – com natureza de princípio – prevaleça sobre o outro. Considerou-se que o princípio 1 precede ao princípio 2, dadas as condições onde: 1) há repetição do noticiário

¹⁰ ALEXY, 2008, p. 90.

¹¹ ALEXY, 2008, p. 117.

televisivo sobre um crime grave; 2) à época em que o condenado já cumpriu sua pena - anos depois do ocorrido - e deveria voltar à sociedade, não mais existindo maior interesse no fato e 3) de forma que isto coloque em risco sua ressocialização. Numa fórmula: (P1 P P2) C¹².

À teoria dos princípios e ao critério de solução de colisão entre direitos fundamentais por meio do sopesamento e ponderação se opõe Ferrajoli¹³ e seu constitucionalismo garantista. Argumenta que

La idea de que los principios constitucionales son siempre objeto de ponderación y no de aplicación o, lo que es peor, que pueden ser ponderados con principios morales inventados por los jueces, genera evidentemente un peligro para la independencia jurisdicción y para su legitimación política, del que no siempre son conscientes quienes la defienden. De hecho, si se sostiene que los jueces no deben limitarse a interpretar las normas de derecho positivo, sino que que también están habilitados para crear ellos mismos normas, aunque sólo sea a través de la ponderación de los principios, entonces resulta anulada la separación de los poderes.

Ferrajoli acredita que a ponderação amplia em nome da argumentação o espectro de discricionariedade judicial de forma a anular a sujeição do juiz à lei. Argumenta que, da forma como proposta por Alexy, a ponderação gera uma atividade judicial de opção em aplicar ou não direitos fundamentais orientados por arbitrários critérios de justiça substancial. Outra crítica de Ferrajoli é a de que se para Alexy a ponderação se dá no caso concreto e pode ter soluções ocasionais distintas entre os mesmos princípios, dadas circunstâncias diferentes, o que se pondera são fatos, e não normas-princípios¹⁴.

Assim, o garantismo de Ferrajoli se apresenta como um modelo constitucional que exige uma conformação substancial entre a lei e o texto constitucional. Porém, afirma-se como uma teoria positivista e rejeita teses características do chamado pós-positivismo, como a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade para

¹² Princípio 1 Precede Princípio 2 dada circunstância C.

¹³ FERRAJOLI, 2011, p. 44.

¹⁴ FERRAJOLI, 2011, p. 47.

solução de colisão entre direitos fundamentais. O ponto de tensão entre o constitucionalismo garantista e o constitucionalismo principialista se dá por meio da acusação do primeiro a uma falta de segurança jurídica e arbitrariedade do segundo.

A própria expressão "garantismo" parece internalizada no discurso jurídico como algo óbvio, lógico; a simples defesa de garantias constitucionais. Opõem-se, para os adeptos do garantismo, os que não dariam tanta importância aos direitos fundamentais, já que pretendiam ponderá-los ou, para ser mais direto, simplesmente escolher por aplicar ou não certos direitos fundamentais tendo como justificativa critérios meta-jurídicos arbitrários invocados como justiça.

2 Garantismo e racionalidade discursiva: o Garantismo *garante* melhor os direitos fundamentais?

Em grande medida, este artigo tem como objetivo, ainda que indireto, esclarecer que a teoria garantista de Luigi Ferrajoli conflita com as não-positivistas que encampam a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade decorrente da compreensão da natureza de certos direitos, como os direitos fundamentais, com natureza de princípios aplicáveis em graus distintos de satisfação. A teoria de Alexy, segundo a qual os direitos fundamentais podem ter a natureza de algo que deve ser aplicado na maior medida possível dentro de possibilidades fáticas e jurídicas, não seria compatível com o modelo garantista de Ferrajoli.

É comum ver na jurisprudência e até mesmo em artigos acadêmicos um certo sincretismo metodológico¹⁵ em junção das duas correntes epistemológicas. Fala-se em teoria dos princípios para, num mesmo argumento, reivindicar também o garantismo. Ocorre que não fica tão evidente a superioridade do garantismo, tampouco que o modelo teórico Garantista garanta mais direitos fundamentais, sobretudo quando posto em relevo suas incompatibilidades com outras propostas metodológica com ele em grande parte incompatíveis.

Pode-se fazer a seguinte indagação: a teoria dos princípios e a consequente

¹⁵ V. SILVA, 2005, p. 127-128. Embora tratando de sincretismo entre a teoria de Alexy e outras formas que não o garantismo de Ferrajoli.

máxima da ponderação é mesmo mais perigosa e coloca direitos fundamentais como algo que pode ser descumprido por juízes sob a alegação de interpretação criativa ou conformação com critérios de justiça? Dificilmente se pode dizer que Dworkin pretendia fornecer maior arbítrio judicial quando critica a discricionariedade do positivismo jurídico. Ao contrário disso, Dworkin buscou uma maneira de afastar a discricionariedade judicial que observava como consequência de um modelo teórico que somente reconhece regras jurídicas como normas positivadas.

Os princípios não são uma carta na manga para que juízes decidam, quando e como quiserem, contra o teor literal da lei. Para Dworkin, ainda quando nenhuma regra de direito positivo é aplicável claramente ao caso, ainda assim uma das partes possui direito a uma solução judicial previsível e fundamentada. O juiz teria o dever, mesmo nos chamados casos difíceis onde há lacuna, ausência de regra ou simplesmente uma textura aberta, de procurar uma única resposta correta¹⁶.

Uma tal ideia de direito a uma resposta correta em nada se assemelha com a acusação de arbitrariedade. A crítica de Ferrajoli somente é pertinente se o que se critica é o mau uso, na prática forense, da teoria dos princípios. No entanto, seria preciso esclarecer o tom da crítica e não atribuir ao pós-positivismo ou à teoria dos princípios uma discricionariedade quando o que Dworkin prega é o contrário. Assim, a crítica à teoria dos princípios de Dworkin é uma crítica não a teoria em si, mas ao seu uso indiscriminado e arbitrário.

Pode-se argumentar que a base da argumentação de Dworkin se volta contra uma teoria descritiva do Direito – proposta com positivismo de Hart –, oferecendo uma teoria da decisão judicial. Se por um lado é impertinente atribuir ao positivismo a legitimação de sistemas jurídicos injustos¹⁷, tampouco faz sentido criticar Dworkin por ter tentado, ao vislumbrar razões de decisão além das regras, uma forma de garantir segurança jurídica.

Quanto à ponderação de Alexy, também não parece pertinente a crítica. Da forma como estruturadas as constituições atuais, garantindo não apenas cada vez

¹⁶ DWORKIN, 2010, 127.

¹⁷ Nesse sentido Dimoulis, referindo-se a Hart, observa que “Como disse Hart no último texto teórico publicado antes de sua morte, ainda que todas as críticas e acusações contra o positivismo fossem verdadeiras, essa teoria teria o mérito de optar pela descrição do direito vigente, rejeitando as tentativas de legitimação”. DIMOULIS, 2018, p. 174-175.

mais direitos individuais num sistema pluralista e tutelando-se ainda direitos coletivos, parece inafastável a existência de colisão entre direitos. Some-se isto às texturas abertas como dignidade da pessoa humana, que contempla uma gama quase ilimitada de situações passíveis de proteção por uma interpretação que, necessariamente, a concretize no caso específico.

Ferrajoli parece acreditar que seja possível aplicar um direito fundamental sempre sem levar em consideração outros que entrem com ele em colisão e que eventuais conflitos podem ser resolvidos por meio de critérios hermenêuticos tradicionais como especialidade e hierarquia¹⁸. Como explicar, porém, uma decisão entre a preservação da intimidade e a liberdade de informação? Como negar colisão entre a honra e a liberdade de expressão? Todos esses são bens de igual hierarquia e que entram eventualmente em rota de colisão.

Em muitas passagens de sua crítica, Ferrajoli afirma que a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade permitem que juízes escolham por uma opção mais justa - segundo suas compreensões arbitrárias - em detrimento da lei. Alexy separa, no entanto, as normas regras, sobre as quais não há maiores dúvidas acerca de sua aplicação e interpretação - que se dá por subsunção - e as normas princípios, que devem ser solucionadas sem que se declare uma delas inválida.

A colisão entre direitos fundamentais é inevitável diante da estrutura das Constituições atuais. A Constituição brasileira prevê a liberdade de expressão e não possui uma religião oficial, mas protege a liberdade religiosa daqueles que entenderem por bem ter uma. Até que ponto alguém poderá fazer proselitismo em relação à sua opinião religiosa ou um discurso ofensivo a uma divindade de crença determinada, é algo que precisará ser respondido em casos concretos.

Resta saber se e por quais argumentos, negar a teoria dos princípios e a proporcionalidade garantiria uma melhor justificativa na decisão. A alternativa aos critérios de proporcionalidade seriam interpretar se alguém possui ou não um direito, por exemplo, de proferir um discurso ofensivo negando que o caso seja de colisão com outros bens fundamentais. Num caso bastante representativo, apresentado no qual debatem Müller e Alexy¹⁹, contrapõem-se duas formas de solução de conflitos

¹⁸ FERRAJOLI, 2011, p. 50.

¹⁹ V. ALEXY, p. 313.

onde teríamos a situação de um jovem que pretenda pintar um quadro no meio de uma avenida, atrapalhando o tráfego dos veículos.

Nesse pressuposto teórico se encontra a chave para a resposta acerca do grau de racionalidade argumentativa nas restrições a direitos fundamentais. Trata-se da dicotômica distinção entre suporte fático amplo (próprio da teoria da ponderação e dos princípios) e do suporte fático restrito²⁰ (peculiar à rejeição de ponderação). Para os que negam a ponderabilidade dos princípios em colisão, seria preciso interpretar se o pintor teria ou não direito à liberdade artística²¹. Em primeiro lugar, o jurista intérprete da norma precisaria de um conhecimento cultural e técnico sobre artes. E mais, num tema como a valoração artística, uma decisão deste tipo implicaria num juízo de valor sobre o belo ou sublime; sobre o que o Estado-juiz considera como arte, limitando a garantia constitucional.

A interpretação parece mais arbitrária do que se se considerar, por mais escandalosa que seja, a situação fática como opção artística contemplada pela proteção constitucional. Por outro lado, mesmo considerando-se a pintura de uma tela de mau gosto no meio de uma avenida algo protegido pelo direito à expressão artística, o que o aplicador da norma precisaria fazer seria verificar quais direitos fundamentais estão em rota de colisão com o direito reconhecido.

Há, de uma outra parte, tanto a liberdade de tráfego das pessoas como a segurança no trânsito. Aqui o suporte fático é amplo e encampa quase irrestritamente a posições jurídicas protegidas pela constituição. Aceita a colisão, o aplicador passa a enfrentar um caminho argumentativo no qual precisará justificar por quais motivos um direito deve ceder em relação ao outro no caso concreto. Assim, por exemplo, para fomentar a liberdade artística não é necessário garantir a um pintor que restrinja a liberdade de trânsito das pessoas.

Não há razão para um artista não realizar suas atividades, da forma como quiser, em um lugar reservado. Já o peso para aqueles que transitam em uma avenida é maior se não puderem seguir em seus caminhos em razão do obstáculo. A argumentação para fundamentar a decisão é mais complexa no segundo caso,

²⁰ SILVA, V. A. da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014. .

²¹ SILVA, 2005, p. 137.

exigindo maior esforço na justificativa sobre qual direito deve prevalecer e não apresenta o inconveniente de precisar teorizar acerca de questões que exijam uma especialização técnica ou cultura, como julgar se determinada atividade é ou não artística²².

A opção por reconhecimento de suporte fático amplo, formulação de Alexy, exige justificação do aplicador que, observada e sistematizada a partir de diversos julgados do Tribunal Constitucional Federal alemão, deve passar, pelo menos, pelos critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A lei do sopesamento exige que quanto maior for o grau de afetação de um princípio, maior terá de ser o de satisfação e otimização do outro que com ele colida.

As soluções, ademais, se dão no caso concreto, pois as possibilidades de concretização de um direito fundamental com natureza de princípios levam em consideração - na teoria de Alexy - condições tanto jurídicas como fáticas. Assim, é necessária a correspondência argumentativa com as situações empíricas do caso que farão prevalecer um direito fundamental em detrimento do outro no caso concreto. A alternativa, com suporte fático restrito, próprias dos não-positivistas como Ferrajoli e Müller exigem uma interpretação por situações, como a liberdade artísticas, arbitrariamente protegidas ou não por normas de direitos fundamentais.

A aparente rigidez na defesa da constituição, com o Garantismo, não resiste à comparação com as exigências de argumentação próprias de uma concepção constitucionalista principiológica e que aceita a colisão e ponderação de princípios. À eventual crítica de mau uso da teoria, arbitrariedade judicial e panprincipiologismo, conforme crítica Streck²³, deve ser debitados os erros a quem os cometerem. O fato de que eventualmente juízes ou tribunais decidiram de forma arbitrária e fizeram alguma referência à teoria dos princípios ou justificaram suas decisões alegando uma ponderação não legitima a crítica aos formuladores teóricos originais dessas teorias.

²² ALEXY, 2008, p. 174.

²³ STRECK, 2013, on line.

Conclusão

Neste artigo pretendeu-se uma reflexão filosófica acerca das teorias constitucionalismo, a partir de uma contraposição entre os modelos garantista e principialista. Em primeiro lugar, é preciso compreender que o garantismo de Luigi Ferrajoli não é compatível com a teoria dos princípios nos modelos propostos por Dworkin e Alexy. Ferrajoli rejeita a possibilidade de padrões normativos além daqueles que entende estarem claros por subsunção como decorrência de uma interpretação dos textos jurídicos – seja constituição ou outra lei.

Ferrajoli sustenta que o fato de as constituições incorporarem cláusulas gerais e direitos fundamentais consiste em um triunfo do positivismo jurídico, e não do jusnaturalismo, pois agora os direitos naturais estariam positivados. Rechaça a incorporação de elementos morais no Direito posto, rejeitando a teoria dos princípios por entender que seria absurdo permitir que a norma jurídica seja ponderada com argumentos de justiça “inventados pelo juiz”.

Ademais, aponta que o paleopositivismo estaria superado, pois o controle da constitucionalidade atual exige não apenas uma conformação formal entre lei e Constituição, mas também uma compatibilidade substancial. Sua teoria garantista é também uma teoria política de exigência de uma democracia substancial.

O adepto do garantismo, coerentemente com o pensamento de Ferrajoli, deve rejeitar a ponderação, pois esta é vista como uma flexibilização do dever do juiz de respeitar a lei, importando em insegurança jurídica, mitigação da separação dos poderes e prejudicando a legitimidade jurisdicional. Deve ser afastada a possibilidade de se ponderar com direitos fundamentais expressos padrões de justiça construídos no caso concreto pelos aplicadores da norma.

Ocorre que, como visto, a teoria dos princípios e a máxima da ponderação não implicam em arbitrariedade, exigindo uma argumentação complexa e até mais elaborada do que a proposta garantista. Ao trabalhar com um suporte fático restrito de aplicação dos direitos fundamentais, o modelo Garantista acaba restringindo o âmbito de reconhecimento de posições jurídicas. A teoria dos princípios, por outro lado, aceita uma gama maior de posições jurídicas contidas em disposições de direitos fundamentais com natureza de princípio, reconhecendo, por outro lado, que

os direitos podem e não raramente entram em colisão.

Há diversas críticas que podem ser feitas ao modelo não positivista, sobretudo em defesa de um positivismo contemporâneo. A filiação à uma corrente, contudo, não pode ser o fator mais importante de discussão. Para além da questão da incompatibilidade teórica, a relevância prática do tema se dá no fato de que rejeitar a ponderação de direitos fundamentais na fundamentação de decisões concretas não garante uma maior segurança jurídica. O Garantismo, assim, não oferece necessariamente uma maior segurança. Diversamente, o modelo de princípios, ao reconhecer o conflito entre direitos e um suporte fático amplo que deve ser ponderado criteriosamente nos casos concretos apresenta uma proposta metodológica adequada ao rol de direitos fundamentais previstos nas Constituições contemporâneas.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 Edição. Edições Almedina. Coimbra. 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico: teoria da validade e da interpretação do direito**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. trad. Nelson Boeira. 3 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **The model of rules**. The University of Chicago Law review. Vol. 35:14, 1967.

FISCHER, Douglas. **Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais**. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html> Acesso em 22 de setembro de 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista**. Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011). ISSN: 0214-8676 pp. 15-53

HIMMA, Kenneth E. **Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em

<https://www.iep.utm.edu/legalpos/>. Acesso em 22 de setembro de 2020.

STRECK, Lênio. **O pamprincipiologismo e flambagem do direito**. Conjur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>. Acesso em: 22 de setembro de 2020.

SILVA, Virgílio Afonso. "**Interpretação constitucional e sincretismo metodológico**". In Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2005: 115-143.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014.

34. O ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE NEUTRALIDADE E PARCIALIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E O DEVIDO PROCESSO LEGAL

JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZIL: BRIEF CONSIDERATIONS ON NEUTRALITY AND PARTIALITY OF JUDICIAL POWER AND THE DUE LEGAL PROCESS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-34>

Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça¹

Edson Alves da Silva Filho²

RESUMO

Tem-se discutido o modo de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro pelo Poder Judiciário, assim como a repercussão das respectivas decisões judiciais no âmbito do Estado Democrático de Direito. De um lado, a figura do “juiz boca da lei”, cuja hermenêutica tradicional põe a lei em sentido estrito como a primeira fonte do Direito. Do outro, o “juiz boca de princípio”, que, sob o pretexto de assegurar a supremacia das Constituições (principalmente rígidas), acabou por aplicar alguns princípios a partir concepções pessoais de justiça de cada julgador. A relevância do tema reside no uso atualmente de ambos os modelos pelo Poder Judiciário brasileiro. Assim, o trabalho indagará: os modelos “juiz boca da lei” e “juiz boca de princípio” malferem o devido processo legal ao propiciar o que se chama de ativismo judicial? Qual a saída para eventual voluntarismo judiciário? Mediante pesquisa exploratória, com base numa análise bibliográfica, será possível demonstrar que ambos os modelos personificam o julgador, violando o devido processo legal, na medida em que afrontam garantias o juiz natural, como a independência e a imparcialidade. Ao final, será proposta a argumentação jurídica calcada no devido processo legal como forma de não se chegar a tais extremos.

Palavras-chave: Ativismo. Judiciário. Devido processo legal. Brasil.

ABSTRACT

The method of application of the Brazilian legal system by the Judiciary Power has been discussed, as well as the repercussion of the respective judicial decisions within the scope of the Democratic Rule of Law. On the one hand, the figure of the “mouth judge of the law”, whose traditional hermeneutics puts the law in a strict sense as the first source of law. On the other hand, the “judge of principle”, who, under the pretext of ensuring the supremacy of the Constitutions (mainly rigid), ended up applying

¹ Professora Doutora titular da Universidade de Fortaleza do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional.

² Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza e ex-Bolsista da FUNCAP.

some principles from the personal conceptions of justice of each judge. The relevance of the theme lies in the current use of both models by the Brazilian Judiciary. So, the work will ask: do the models "judge of the law" and "judge of principle" harm the due legal process by providing what is called judicial activism? What is the way out of eventual judicial voluntarism? Through exploratory research, based on a bibliographic analysis, it will be possible to demonstrate that both models personify the judge, violating due legal process, insofar as the natural judge, such as independence and impartiality, is faced with guarantees. In the end, a legal argument based on due process will be proposed as a way of not reaching such extremes.

Keywords: Activism. Judiciary. Due process of law. Brazil.

1 Introdução

Tem-se discutido o modo de aplicação do ordenamento jurídico brasileiro pelo Poder Judiciário, assim como a repercussão das respectivas decisões judiciais no âmbito do Estado Democrático de Direito.

De um lado, a figura do "juiz boca da lei", cuja hermenêutica tradicional põe a lei em sentido estrito como a primeira fonte do Direito. Neste caso, o Judiciário deveria dar sentido e alcance das leis, que, caso fosse insuficiente, poderia amparar as suas decisões nas demais fontes, como os costumes, analogia, etc.

Ao passar dos anos, o Direito foi estudado como fenômeno sociológico e político, daí o surgimento do "juiz boca de princípio", que, sob o pretexto de assegurar a supremacia das Constituições (principalmente rígidas), acabou por aplicar alguns princípios a partir concepções pessoais de justiça de cada julgador.

Num momento, se estava aquém da função jurisdicional numa democracia. Noutro, além da função de aplicar o Direito a partir da Constituição sem argumentação racional e científica.

A relevância do tema reside no uso atualmente de ambos os modelos pelo Poder Judiciário brasileiro na aplicação do ordenamento jurídico. Uns não se desvencilharam das amarras da letra da lei. Outros se apoderaram do discurso de aplicação direta da Constituição e passaram a criar as suas próprias normas.

Neste tocante, o presente trabalho indagará: os modelos "juiz boca da lei" e "juiz boca de princípio" malferem o devido processo legal ao propiciar o que se chama de ativismo judicial? Qual a saída para eventual voluntarismo judiciário?

Por meio de uma pesquisa exploratória, diante de uma análise bibliográfica, será possível fazer o diagnóstico proposto, qual seja a demonstração de que ambos os modelos personificam o julgador, e, assim, violam o devido processo legal, na medida em que afrontam garantias o juiz natural, como a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Ao final, será proposta a argumentação jurídica calcada no devido processo legal como forma de não se chegar a tais extremos, evitando-se rupturas na democracia brasileira.

2 Os modelos “juiz boca da lei” e o “juiz boca de princípio”, ativismo judicial e o devido processo legal

Há algum tempo, os métodos interpretativos levados a cabo pelos juízes vêm sendo questionados, como também tem se indagado sobre o reflexo deles na aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, se em benefício deste último ou não, calcado que é no Estado Democrático de Direito.

De um lado, tem-se o modelo do “juiz boca da lei”, fruto da ideia do Estado de Direito, em que há a prevalência da hermenêutica jurídica da lei em sentido estrito em detrimento das demais normas do sistema (ROCHA, 1995, p. 126-129).

Com efeito, ao aplicar o Direito no caso concreto, o “juiz boca da lei” confere segurança e coesão ao ordenamento jurídico prestigiando as leis em sentido estrito, sem levar em conta qualquer tipo de valor, de modo que não são construídas novas regras que não aquelas aprovadas mediante o devido processo legislativo. O viés democrático, nessa visão, está na garantia das leis aprovadas pelo Parlamento, formado por representantes do povo.

Nesse contexto, o controle de constitucionalidade das leis porventura incompatíveis com a Constituição passa a ser preponderantemente dos órgãos de cúpula do próprio Estado – juiz ou algum outro órgão político estatal, não sendo autorizado a qualquer juízo singular mensurar a compatibilidade das leis aprovadas pelas Casas legislativas com os dispositivos constitucionais, daí a importância que ganha o controle concentrado de constitucionalidade.

Desse modo, a superação do modelo “juiz boca da lei” residiu na possibilidade de os magistrados construírem a decisão no caso concreto a partir do texto constitucional. É que, ao aplicarem o Direito, deveriam os juízes, antes de tudo, aferir a compatibilidade da lei com as normas constitucionais³, podendo deixar de utilizá-la caso não houvesse a devida conexão, o que permite a aplicabilidade direta da Constituição ao caso concreto (ROCHA, 1995, p. 109-112).

Neste ponto, o respaldo democrático da atividade judicante estaria no trabalho hermenêutico do juiz no caso concreto ao interpretar as leis e a própria Constituição. A natureza democrática da função jurisdicional seria evidenciada na possibilidade do juiz manejar as normas constitucionais, a partir dos seus “[...] pontos de vista e precompreensões político-ideológicas” (1995, p. 77).

Assim sendo, os juízes comprometidos com os direitos fundamentais⁴ e com a Constituição Federal possuiriam uma maior margem discricionária na construção da norma jurídica do caso concreto, visto que deveriam levar em consideração elementos políticos a partir do texto constitucional, a exemplo da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

Assim, o juiz também resguardaria o regime democrático ao manejar as leis aprovadas pelos representantes do povo, como também assegurariam, ao final, a coesão e a coerência da própria Constituição enquanto opção política do Estado, independentemente das ideologias presentes nas Casas Legislativas, mutáveis, portanto, a cada eleição. Eis a importância que ganha o controle difuso de constitucionalidade das leis⁵.

³ Diversas normas constitucionais definem direitos fundamentais, que, por serem imprescindíveis ao sustento e ao desenvolvimento da fórmula política do Estado Democrático de Direito (GUERRA FILHO, 1999, p. 23-30), exigem do ordenamento jurídico técnicas adequadas para a satisfação de tais normas, as quais são denominadas garantias. A partir de um conflito de interesses que envolvem os direitos fundamentais, as garantias entram em ação para assegurar a coesão do próprio texto constitucional. Eis a relevância que ganha o Poder Judiciário frente aos demais poderes, já que tem a função de aplicar o ordenamento jurídico no caso concreto e em última instância (ROCHA, 1995, 59-60 e 72-78).

⁴ Marcelo Lima Guerra ao tratar da temática: “[...] Com o expresse reconhecimento, no texto constitucional, de que as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, pretendeu-se superar, em definitivo, aquela concepção, própria do Estado liberal do século XIX, segundo a qual as normas ‘dependiam de lei’ para serem eficazes, permitindo a justiciabilidade desses direitos fundamentais” (2003, p. 83).

⁵ Para Gustavo Zagrebelsky, “La ley, um tiempo medida exclusiva de todas las cosas em el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada em favor de uma instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la

Afora a problemática sobre incongruências decorrentes da coexistência de ambos os modelos no sistema jurídico brasileiro, já que o Supremo Tribunal Federal (STF) por vezes exerce controle concentrado como também fixa teses no método difuso em grau recursal em sede de controle difuso⁶, subsistem questionamentos acerca de que até que ponto podem os juízes atuar na hermenêutica constitucional, especialmente quando as deixam de lado no caso concreto as leis aprovadas pelo Parlamento.

Essa indagação se faz de todo relevante porque, não sendo os juízes eleitos democraticamente pelo voto popular, não se configurando, pois, como representantes do povo, mas sim agentes do Estado – juiz recrutados via concurso meritório de provas e títulos organizado pelos próprios órgãos jurisdicionais, resta a dúvida de onde advém o alcance do poder político dos juízes ao criar a norma do caso concreto, a partir da Constituição.

E tal é a importância quando se vê que o Parlamento é de fato o espaço propício para os debates de clamores da vida social, e que as leis, muitas vezes, são frutos das opiniões democraticamente vencedoras nos certames eleitorais, advindas que são das pressões feitas por grupos dos mais variados da sociedade. Já os órgãos do Poder Judiciário, contudo, como visto, formam o aparato estatal, mas sem qualquer passagem de seus membros pelo sufrágio popular.

Pode-se dizer, portanto, que o modelo hermenêutico do “juiz boca da lei” se contrapõe ao “juiz boca de princípio” nos extremos da hermenêutica jurídica ao permitirem o ativismo judicial num ou noutro sentido.

No primeiro, tem-se o magistrado comprometido com a letra da lei, cuja decisão se atém à análise legal e os métodos hermenêuticos tradicionais. No outro, o juiz livre para valorar os fatos e aplicar o Direito mediante elementos políticos

importantíssima función de mantener unidas y en paz sociedades de veras divididas en su interior y concurenciales. [...] Em la nueva situación, el principio da constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad”. (2011, p. 40).

⁶ É a incongruência do sistema jurisdicional brasileiro, já que possui um órgão de cúpula do próprio Poder Judiciário que faz as vezes de controle concentrado de constitucionalidade e também atua no controle difuso, mas não possui qualquer tipo de representação democrática, a exemplo dos membros do Legislativo e Executivo, os quais são eleitos pelo voto popular para o exercício de um mandato, daí a necessidade de se criar aqui um Tribunal Constitucional à semelhança do que existe nos demais países cujo sistema jurídico se originaram do sistema romano-germânico (ROCHA, 1995, p. 78-83).

consignados pela Constituição, podendo construir a decisão pela norma constitucional a partir de suas ideologias e pré-compreensões.

O que se coloca, portanto, é que, em ambos os modelos, há vicissitudes tais que põem em xeque o direito fundamental ao devido princípio legal, a partir de uma das pilastras do juiz natural e dos seus corolários, como a independência e a imparcialidade do Poder Judiciário.

Se de um lado, tem-se o juiz apegado à lei sem levar em conta as normas constitucionais e as inovações que estas propiciam para o ordenamento jurídico, do outro, há a possibilidade do magistrado ser um ativista político ao ir além do sistema criando normas e inovando na seara jurídica, podendo inclusive imprimir as suas opiniões morais e políticas em suas decisões.

Registre-se que, nos regimes totalitários, por exemplo, havia tanto o “juiz boca da lei” como o “juiz boca de princípio”, uma vez que, em ambos, se verificava o avanço sobre o espaço legislativo, seja aplicando as leis ilegítimas, ou mesmo construindo os próprios princípios, com o intuito de legitimar as práticas autoritárias de intolerância e tortura que retiravam qualquer dignidade da pessoa humana.

Tem-se, assim, os principais vícios que podem incorrer quando os magistrados se exacerbam em ambas as correntes acima referidas: o da neutralidade e o da parcialidade, os quais afrontam o princípio do devido processo legal.

No primeiro, o juiz serve como instrumento do conservadorismo, e até mesmo o reacionarismo, que busca, na legislação antiquada quando não injusta, a fonte para menosprezar e lutar contra o avanço de forças progressistas. No segundo, sob o pretexto de concretizar a Constituição, permite que o magistrado construa as suas decisões sob os seus próprios brios de justiça, quando, assim, deixa as vestais do Estado – juiz e passa diretamente a ser interessado no resultado útil da causa⁷.

Deve ser lembrado ainda que várias normas constitucionais constituem mandamentos abertos que necessitam da concretização semântica por parte do intérprete, por não regularam um determinado fato concreto da vida social, nem

⁷ “Os juízes não são mais ‘a boca da lei’, como se costuma dizer nas diversas posturas críticas que surgem a partir do segundo pós-guerra e, no Brasil, a partir da Constituição de 1988” (LEITE; TEIXEIRA, 2017, p. 28).

tampouco estabelecerem qualquer tipo de consequência jurídica nos casos de descumprimentos, possuindo, assim, uma forte carga valorativa, daí a proeza de alguns juízes se valerem de tal estrutura normativa para criarem os seus próprios princípios. Nas palavras de Lenio Luiz Streck:

“Sem fazer qualquer passagem pelas fases complexas de ‘ponderação’, o Judiciário simplesmente pega um ‘valor’ (sic) em cada mão e, fiat lux, escolhe um deles, no mais das vezes o ‘valor público’, que seria o interesse da coletividade” (GUIMARÃES et al., 2016)⁸.

Portanto, como se constata, tanto o “juiz boca de princípio” como o “juiz boca da lei”, se elevados aos extremos, como tem ocorrido de forma pública e notória no Brasil após a Constituição de 1988, viola o devido processo legal em sua dimensão de assegurar ao cidadão a devida participação efetiva no construir das decisões estatais, quiçá, aquelas emanadas do Poder Judiciário.

Assim, para evitar ambos os vícios, conforme a hermenêutica decisória de Rosemiro Pereira Leal, devem as partes do processo juntamente com o julgador construírem, de forma dialética e em contraditório argumentativo exauriente, a melhor decisão judicial, que seja não só capaz de seguir as leis aprovadas pelas Casas Legislativas, como também serem estas devidamente contrastadas, de forma fundamentada, com as normas constitucionais, garantindo a integridade de todo o sistema jurídico (LEAL, 2002)⁹.

É que uma decisão judicial não é fruto de qualquer tipo de iluminação divina, sorteio ou outro método irracional. Nela se constroem direitos, mediante os

⁸ Glauco Salomão Leite e João Paulo Allain Teixeira demonstram que, no cenário da atual Constituição, o ativismo prejudicial à democracia quando, em síntese, concorrem os seguintes elementos de forma cumulativa na decisão judicial: a) os juízes propagam as suas opiniões morais próprias nas decisões; b) criam ou importam novas teorias contrárias ao permitido no sistema constitucional pátrio; c) utilização de raciocínios jurídicos sem a crítica adequada, como ocorre com o uso tópico do princípio da proporcionalidade sem a demonstração que, pelo menos, é cabível no caso concreto (2017, p. 58 -59).

⁹ Rosemiro Leal (2002) dá ênfase aos estudos do italiano Elio Fazzalari (2006), que, no Brasil, foi abordado inicialmente por Aroldo Plínio Gonçalves (1992), dando conta que o processo é um procedimento marcado pelo contraditório, ou seja, uma sequência de atos que, coordenados e sucessivos, organizados pela dialética e paridade de armas, o que requer um juiz natural, isonomia, ampla defesa, motivação, enfim, todos os elementos formadores da cláusula do devido processo legal.

argumentos das partes, os textos normativos, apreciações das provas com o uso da ciência e valorações, em que todos estes elementos deverão constar de forma objetiva na motivação do ato jurisdicional (TARUFO, 2010, p. 232-240; 266-267)¹⁰.

Por essa razão, inobstante a opinião moral das partes ou do próprio juiz sobre a matéria vertida nos autos, cabe ao último demonstrar a cooperação de todos os sujeitos do processo no deslinde do feito, com uma argumentação que possa ser objetivamente assimilada e cientificamente provada, ainda que venha a ter irresignações contra ela.

O fato é que cabe ao Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional atuar nos limites do processo (ROCHA, 1995, p. 33-34), sem deixar, contudo, de levar em consideração todos métodos hermenêuticos permitidos pelo sistema jurídico, o que requer do Estado – juiz valorações e traquejo com as motivações político – sociais presentes na sociedade, desde que promova na decisão judicial uma discussão racional à luz do ordenamento jurídico como um todo.

E o novo Código de Processo Civil trouxe em diversos dispositivos essa proposta ao se referir à boa-fé (art. 5º), cooperação (art. 6º), paridade de tratamento (art. 7º), legalidade (art. 8º), motivação (art. 9º). Sem falar que acolheu o princípio da boa-fé como norteador da interpretação da sentença judicial (§3º, art. 489), dentre outros (BRASIL, 2016). Sobre o assunto, leciona Luis Alberto Reichelt:

“A exigência de imparcialidade do juiz pressupõe, dentre outras coisas, que a definição da questão a ser julgada e a delimitação dos fundamentos que podem ser empregados para a construção da decisão judicial sejam tarefas, em regra, associadas às partes. [...] O respeito a esses comandos, intimamente associados ao princípio dispositivo em sentido material, mostra-se fundamental para que se possa compreender os limites dentro dos quais a atuação do juiz pode ser considerada em consonância com a exigência de imparcialidade” (2014, p. 109).

¹⁰ Assim sendo, a norma jurídica é criada no caso concreto, porém mediante a elaboração de uma argumentação racional que garanta a credibilidade e a possibilidade de cientificamente ser verificada: “[...] al estar orientada hacia la determinación de la verdad de los hechos, la decisión debe constituir el resultado de um procedimiento racional, que se desarrolla conforme reglas y principios, esto es, conforme a um método que permita someterla a control y que determine su validez” (TARUFO, 2010, p. 220).

Exemplo de decisão coerente com esses valores albergados pelo CPC ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 888815/RS, que, enfrentando um case acerca das políticas públicas de educação no país, se possível ou não a submissão de alunos a uma educação exclusivamente familiar, ou seja, circunscrita ao domicílio do estudante (*homeschooling*), o STF entendeu que a opção inserta no artigo 205, da Constituição Federal, dividia a responsabilidade educativa entre o Estado, a sociedade e a família, ainda que o julgador em particular tivesse predileção por tal ou qual o modelo de ensino.

Assim, foi o voto do Ministro Gilmar Mendes:

“[...] ainda que no âmbito da Suprema Corte. [...] é preciso entender que isso se faz, nos termos definidos pelo autor [no caso, Mangabeira Unger acerca do experimentalismo democrático], por intermédio da mobilização política e pela atuação dos diversos agentes democráticos. Seria irresponsável fazer uma agitação tão violenta do status quo pela via estreita de uma decisão judicial” (STF, 2020, p. 17-18).

Como se vê, tem-se que, não obstante algumas decisões judiciais que uma vez ou outra se exacerbam nos modelos “juiz boca da lei” ou “juiz boca de princípio”, ainda há magistrados no Brasil que reconhecem a perniciosidade de ambos ao viabilizar o ativismo político da judicatura, e, começando pelo STF, já dão sinais de que tais modelos hermenêuticos devem ser superados na busca por uma função jurisdicional mais racional comprometida com todo o ordenamento jurídico, a partir da própria Constituição Federal.

Conclusão

Pode-se afirmar que tanto o modelo do “juiz boca da lei” como o “juiz boca de princípio” quando levados a extremos abalam o sistema jurídico brasileiro, por afrontarem o devido processo legal, a partir do juiz natural e dos corolários da independência e imparcialidade do Poder Judiciário, ao permitirem o ativismo judicial.

No primeiro, há um engessamento que abre frechas para reações autoritárias, sejam conservadoras ou reacionárias, impedindo o progresso, e, no segundo, existe um senso de justiça que muitas vezes não encontra guarida na Constituição, amparando, muitas vezes, ideologias ou aos princípios morais de cada juiz.

Nestes casos, recaem os magistrados nos vícios da neutralidade e da parcialidade, proferindo decisões não condizentes com o ordenamento jurídico como um todo, a começar pela Constituição Federal.

Por isso, é necessário que os sujeitos do processo, tanto juízes, partes como eventuais colaboradores do Poder Judiciário, levem a efeito as normas como um todo e uma argumentação exauriente, viabilizada pelo devido processo legal, construam decisões judiciais fundamentadas que de fato contrastem leis com o texto constitucional sem criar qualquer casuísmo.

Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Poder Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set 2020.

BRASIL. [Código de Processo. Civil (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Poder Constituinte, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 set 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário (RE)** nº 888.815. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>. Acesso em: 19 set 2020.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. São Paulo: Bookseller, 2006.
GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

GUERRA FILHO. Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Editora Celso Bastos, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. Rio de Janeiro: Aide ed., 1992.

GUIMARÃES, Juarez et al. (Ed.). **Risco e futuro da democracia brasileira: direito e política no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, Partido dos Trabalhadores, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. São Paulo: Landy, 2002.

LEITE, Glauco Salomão; TEIXEIRA, João Paulo Allain. **O pensamento jurídico brasileiro e a reconstrução da dogmática constitucional pós-1988: o neoconstitucionalismo e a armadilha do protagonismo judicial**. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio Luiz (Coord.). *Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 47-61.

REICHELDT, Luis Alberto. O direito fundamental das partes à imparcialidade do juiz no direito processual civil. In: **Revista de processo**. Vol. 227. 2014. p. 105-122. Acesso em: 19 jun 2020.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROSA, Alexandre Moraes da et al (Org.). **Hermenêutica, constituição, decisão judicial: estudos em homenagem ao professor Lenio Luiz Streck**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TARUFFO, Michele. **Simplemente la verdad**. El juez y la construcción de los hechos. Madrid: Marcial Pons, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta S.A., 2011.

35. A SOBERANIA DO ESTADO FRENTE À INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS¹

THE SOVEREIGNTY OF THE STATE IN FRONT OF THE INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-35>

Daniel Felipe Ramos Vale²

Maria Tereza Ramos Vale Halabe³

RESUMO

O tema de pesquisa do presente trabalho é a discussão sobre dois fundamentos aparentemente irreconciliáveis – o conceito de direitos humanos como normativa internacional que se impõe aos Estados, e o conceito de soberania como uma concepção de poder estatal. Ressaltamos que o conceito de direitos humanos tornou-se um paradigma ético a orientar a nova ordem mundial, como consequência direta do Holocausto. Diante disso, investigaremos como se apresenta a soberania nacional em face desse valor que se tornou um dos principais objetivos da comunidade mundial. Analisaremos, ainda, a eficácia e a aplicabilidade do *jus cogens* da normativa internacional de direitos humanos na ordem jurídica interna dos Estados e como isso afeta a soberania. A importância dessa pesquisa se justifica por sua questão prática, pois nos convoca a tentar resolver o impasse entre o direito doméstico e o direito internacional, a partir da confrontação entre dois valores a serem sopesados: a soberania e os direitos humanos. O presente trabalho segue o paradigma positivista, com a pesquisa organizada de forma qualitativa, buscando-se ampliar a discussão sobre a soberania do Estado frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, através da análise bibliográfica de livros, artigos científicos e leis sobre o tema.

Palavras-Chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. Soberania. Constituição.

ABSTRACT

¹ Artigo submetido em 30 de set. 2020 à VII Jornada de Direitos Fundamentais. GT 9. Direitos fundamentais processuais e efetividade das técnicas judiciais de proteção dos direitos fundamentais.

² Graduado em Direito pela Faculdade do Maranhão - FACAM (2012). Atualmente é advogado (OAB/MA 12.789). Tem experiência na área de Direito Civil e Direito Processual Civil, Tributário, Direito administrativo.

³ Graduada em Direito pela Faculdade do Maranhão - FACAM (2015). Especialista em Gestão Educacional pela Faculdade de Tecnologia de Alagoas - FAT (2019). Atualmente é advogada com inscrição na OAB/MA nº 14.911.

The content of this Project is a discussion between two visual irreconcilable elements – the concept of humans' right as the international regulatory rules that are impose to the States, and a concept of sovereignty as a conception of State power. It has been emphasized the concept of humans' rights became an ethical paradigm in order to guide a new global commandment as a straight consequence to the Holocaust. In face of that, this paper investigates how it presents the national sovereignty considering this value that became one of the mean goals of a global community. Yet, this paper analyzes the efficiency and the applicability of *jus cogens* of the humans' rights international regulatory rules in the internal legal commandment of the State and how it affects their sovereignty. The importance of this survey is justified by its practical matter, because it invites us to try to solve the brunt between international and domestic law, based on the confrontation across the two values that are about to be challenged: the sovereignty and the humans' right. The Project follows the positive paradigm and the survey is organized in a quality form in order to amplify the discussion about the sovereignty of the State in front of The international law of Humans' law, through bibliographic analysis of books, scientific articles and laws on the topic.

Keywords: International Law. Humans' Right. Sovereignty. Constitution.

1 INTRODUÇÃO

O tema de pesquisa do presente trabalho é a discussão a respeito de como os doutrinadores compreendem e equacionam a problemática atual relativa ao embate de dois fundamentos aparentemente irreconciliáveis: o conceito de direitos humanos como norma internacional cogente, isto é, que se impõe ao ordenamento jurídico interno dos Estados, e o conceito de soberania consoante a uma concepção de poder estatal.

Sabemos que a construção de um cenário internacional de direitos humanos foi, principalmente, consequência direta da II Guerra Mundial e do Holocausto e tornou-se, desde então, uma preocupação de interesse comum aos Estados e um dos principais objetivos da comunidade internacional, convertendo-se num verdadeiro *jus cogens*.

O conceito de soberania, por sua vez, se consolida com a formação dos Estados modernos no século XVI e baseia-se, classicamente, na ideia de supremacia do poder do Estado mais forte no âmbito internacional. Diante disso, podemos nos perguntar como fica a questão da soberania dos Estados frente a esta imposição dos direitos humanos como paradigma ético a orientar a nova ordem mundial. Tal questão é levantada, sobretudo, quando notamos que o princípio da dignidade

humana passa a guiar a normativa internacional, devendo ser respeitado em prol da paz mundial, a favor da ratificação de tratados como o Pacto de San José da Costa Rica, que implicam uma obrigação internacional assumida pelos Estados signatários e também das pressões exercidas por organismos internacionais, conjugadas a possíveis sanções que recaiam sobre o Estado violador.

Diante da problemática acima mencionada, poderíamos considerar duas possibilidades: a de que o conceito de soberania deixou de existir no âmbito internacional cedendo espaço para algo mais relevante para a comunidade mundial, ou a de que o conceito de soberania apenas sofreu uma alteração para se adequar ao novo referencial ético de proteção internacional dos direitos humanos. Investigaremos essas questões com base numa revisão da literatura.

Analisaremos como o Estado estabelece sua soberania a partir do seu ordenamento jurídico interno. Isto é essencial para podermos refletir sobre qual o impacto da imposição das normas internacionais de direitos humanos. Dito isto, começaremos a esboçar um conceito de soberania que, para Dalmo de Abreu Dallari⁴, está sempre ligado a uma ideia de poder. Em outros termos, a distinção de concepções que se faz a respeito do referido conceito não reside nesse ponto, mas sim, essencialmente, na mudança de um sentido eminentemente político para uma ideia jurídica de soberania.

Discutiremos sobre a internacionalização dos direitos humanos, com um recorte histórico, dando ênfase sobretudo à II Guerra Mundial. Isto porque, conforme Maria Carolina Florentino Lascala⁵ aponta, após as brutalidades observadas nesse período, os Estados perceberam a importância da paz para a própria preservação da humanidade.

Por fim, estudaremos essa contraposição de fundamentos, isto é, a soberania nacional *versus* a internacionalização dos direitos humanos, nos questionando sobre como essa normativa internacional se relaciona (ou não) com as normas estatais e se tal soberania é, de fato, afetada pelo Direito das Gentes. Para tanto, veremos como as teorias monistas e dualistas respondem a esse conflito entre normas

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

⁵ LASCALA, Maria Carolina Florentino. "A relativização da soberania em prol dos direitos humanos". Revista de Direito Público, Londrina, v. 6, n. 2, p. 87-102, ago./set. 2011. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php>. Acesso em: 27 set. 2020.

internacionais e domésticas. Analisaremos alguns aspectos gerais sobre os tratados internacionais, da conceituação à sua incorporação ao ordenamento jurídico interno. Investigaremos como o atual ordenamento jurídico brasileiro se posiciona sobre a internalização da normativa internacional de direitos humanos no seu território. E por fim, estudaremos a responsabilidade internacional do Estado diante da violação dos tratados.

Sabemos que quando as normas de direito internacional e de direito interno são harmônicas não existe problemática; aplica-se no país a norma de direito interno e, com isto, se está também satisfazendo a norma de direito internacional. O problema surge quando as normas de direito internacional e as de direito interno são conflituosas. Assim, a importância desta pesquisa se justifica por sua questão prática, pois nos convoca a tentar resolver o impasse entre o direito doméstico e o direito internacional, a partir da confrontação entre dois valores a serem sopesados: a soberania e os direitos humanos.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A Soberania do Estado

O conceito de soberania, segundo Dalmo de Abreu Dallari⁶, está sempre ligado a uma ideia de poder, e o que vai diferenciar as concepções a respeito desse termo é a mudança de um sentido eminentemente político para uma ideia jurídica de soberania. A soberania sob o ponto de vista meramente político é concebida como um poder pleno e coercitivo, que não se preocupa em ser legítimo ou jurídico, ocupando-se somente em ser absoluto, com meios para impor suas determinações. Nesse sentido, um Estado era soberano se tinha força para tanto. O que imperava no âmbito internacional era a supremacia do poder do mais forte.

Já a soberania no sentido eminentemente jurídico, esclarece o supracitado autor, se referia ao poder de se decidir em última instância sobre a eficácia do direito. Assim, embora continuando a ser uma expressão de poder, a soberania passa a ser utilizada para fins jurídicos. Segundo essa concepção não há um Estado mais forte

⁶ DALLARI, Op. cit.

que o outro, uma vez que para todos os Estados a noção de direito é a mesma.

Assim, aduz Maria Carolina Florentino Lascale⁷, soberania seria o “poder do Estado de se autodeterminar, de definir suas próprias regras no âmbito de seu território e de ser independente em relação à comunidade internacional”. Mas ainda que se escolha um posicionamento, sabe-se que o termo soberania foi e continua sendo um conceito definido sob diversos pontos de vista.

E que apesar de ser uma expressão de poder, vários doutrinadores já previam que ela seria limitada, fosse pelo direito divino, pelo direito natural ou, como discutimos no presente trabalho, pelo Direito Internacional Público (DIP) e, em especial, à normativa internacional de direitos humanos.

2.2 A internacionalização dos Direitos Humanos

Ensina Valerio de Oliveira Mazzuoli⁸ que o direito internacional dos direitos humanos nasce com o intento de se opor à lógica nazista da destruição e da barbárie. Então, em 1945 (Após as brutalidades observadas na II Guerra Mundial) diversos países se reuniram a fim de se comprometerem em manter a paz, proteger os direitos humanos e as liberdades fundamentais, além da fomentação do desenvolvimento dos Estados, é o que esclarece o autor Gustavo Bregalda Neves⁹.

Nesse mesmo ano, aduz Neves, eis que surge a Organização das Nações Unidas (ONU) com a finalidade, entre outras, de promover o respeito aos direitos humanos. E nesse mesmo espírito cria-se, em 10 de dezembro de 1948, em Paris, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ressaltamos, com base em Paulo Henrique Gonçalves Portela¹⁰, que a Declaração de Direitos é o ponto a partir do qual passam a ser concluídos um significativo número de tratados sobre direitos humanos, além da criação de diversos organismos internacionais com função de acompanhar e promover a

⁷ LASCALA, Op. cit.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis”. Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 156, out./dez. 2002. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id>. Acesso em: 27 set. 2020.

⁹ NEVES, Gustavo Bregalda. Direito internacional público e direito internacional privado. São Paulo: Atlas, 2009.

¹⁰ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. Salvador: Juspodivm, 2013.

aplicação dos compromissos firmados entre nações, com poder para investigar e manifestar-se sobre o assunto, a despeito da vontade estatal. Surge a possibilidade de monitoramento e de responsabilização internacional.

Desse modo, ensina Lascale¹¹, as relações internacionais passam a se intensificar e aparece a necessidade de conviverem: o sistema de proteção aos direitos fundamentais no ordenamento jurídico dos Estados com o sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Frisa-se, por fim, com a supracitada autora, que além de um sistema global de proteção dos direitos do homem, administrado principalmente pela ONU, começam a ser criados também sistemas regionalizados. Dentre estes, podemos citar o sistema interamericano formado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), cujo principal documento é a Convenção de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário.

3 MÉTODO

A pesquisa delineada neste artigo segue o paradigma positivista no que tange a compreensão da realidade a partir de fatos e leis que, segundo Antônio Joaquim Severino¹² superam as limitações subjetivas da percepção e evitam a pura abstração de conceitos, pautando-se no ideal do conhecimento científico. Para isso, optamos pelo estudo de leis, assim como seguimos a discussão dos pesquisadores em direito internacional e constitucional sobre o assunto, evitando textos tendenciosos ou que, por falta de dados, fujam da neutralidade e da cientificidade proposta pela pesquisa sobre o embate do conceito de direitos humanos como norma internacional cogente e o conceito de soberania estatal.

A pesquisa está organizada de forma qualitativa e caracteriza-se numa revisão bibliográfica da literatura na área do direito internacional e constitucional. Por se tratar de uma pesquisa qualitativa, em muitos pontos enfocaremos o embate dos doutrinadores, analisando e interpretando suas acepções a partir das contribuições de outros autores sobre o assunto.

¹¹ LASCALE, Op. cit.

¹² SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Cortez, 2007.

Buscamos ampliar a discussão sobre a soberania do Estado frente ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, através da análise bibliográfica de livros, artigos científicos e leis sobre o tema. Ressaltamos com esta escolha metodológica o que Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi¹³ apontam como central na pesquisa jurídica: a análise de conceitos jurídicos enquanto instrumentos de trabalho, que “são necessários e imprescindíveis para a solução de problemas jurídicos, tornando possível pensar com clareza e racionalidade questões do Direito”.

4 RESULTADOS

Chegamos, finalmente, ao momento de contrapor esses dois fundamentos: a soberania nacional, como poder jurídico, e a internacionalização dos direitos humanos, como *jus cogens* internacional, que se impõe aos Estados. A fim de alcançarmos esse objetivo, a partir de agora, subdividiremos o presente tópico em quatro partes, como veremos a seguir.

4.1 O Monismo e o Dualismo frente ao Conflito de Normas de Direito Internacional e de Direito Interno

Quando normas internacionais e domésticas são harmônicas, não existe problema, aplica-se no país a norma interna, e com isso contentamos a norma internacional. O problema aparece quando as normas de direito internacional e as de direito interno são divergentes. Como resolver esse conflito de normas? Em regra, a doutrina se ampara em duas teorias: o dualismo e o monismo. Sendo a escolha de cada Estado (por uma ou outra), geralmente, expressa na própria Constituição.

Os dualistas, conforme escólio de Valério de Oliveira Mazzuoli¹⁴, entendem que o direito internacional e o nacional são sistemas totalmente independentes, como círculos que não se interceptam. Assim, para que um tratado internacional passe a ter efeitos no direito interno é preciso que ele seja “transformado” em norma

¹³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

típica de direito interno (passa-se por um processo legislativo regular e surge uma nova lei com base no tratado). Ou pelo menos, no caso do dualismo moderado, haveria a necessidade de um ato formal de internalização do tratado, como um decreto ou regulamento executivo.

Para a teoria monista, o direito internacional e o interno são dois ramos do direito dentro de um só sistema jurídico. Assim, aproveitando a analogia de Mazzuoli¹⁵, ao invés de dois círculos que não se tocam, seriam dois círculos superpostos, em que um maior abarca outro menor. Desse modo, os tratados internacionais ratificados pelos Estados passam a ter aplicação imediata nos seus ordenamentos jurídicos internos, não havendo necessidade de transformar o tratado em espécie típica do direito interno.

Se for aceita a tese monista, ensina Portela¹⁶, é necessário discutirmos qual norma (se internacional ou interna) deve prevalecer em caso de conflito. Nesse ponto, a doutrina monista se bifurca entre monismo internacionalista (isto é, com primazia no Direito Internacional) e monismo nacionalista, com primazia no Direito interno.

Frisamos que a teoria abraçada pelo Direito Internacional, esclarece o supracitado autor, é o monismo internacionalista, conforme determina a Convenção de Viena de 1969. Todavia, os Estados acabam adotando escolhas próprias. No caso do Brasil, ensina Neves¹⁷, há uma falta de consenso sobre a teoria adotada, haja vista que a Constituição Federal é silente sobre a questão. Existem doutrinadores que optam por uma e suas variações, enquanto outros resistem a tal escolha.

4.2 Tratados Internacionais: dos aspectos conceituais a sua incorporação ao direito interno

Tratado, segundo a Convenção de Viena de 1969¹⁸, art. 2º, §1º, "a", é "um

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ PORTELA, Op. Cit.

¹⁷ NEVES, Op. Cit.

¹⁸ BRASIL. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.030%2C%20DE%2014,aos%20Artigos%2025%20e%2066.>. Acesso em: 27 set. 2020.

acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica". Nesse sentido, tratado é gênero do qual defluem várias espécies.

Para que o tratado possa vincular condutas na sociedade internacional, necessário observar certas condições, como ensina Portela¹⁹. São elas: a capacidade das partes, a habilitação dos agentes, o objeto lícito e possível e o consentimento mútuo. Passemos agora à explicação de cada uma dessas condições.

Em regra, possuem capacidade para celebrar tratados os Estados soberanos e as organizações internacionais. Além da capacidade, esclarece Portela²⁰, é necessário também que o agente seja habilitado. Trata-se do chamado poder de celebrar tratados. Essa habilitação vai depender do cargo que o agente ocupa ou da apresentação de uma carta de plenos poderes.

Outro ponto importante, aduz Anelise Ribeiro Pletsch²¹: as partes contratantes devem acordar objeto lícito e possível, isto é, que não seja contrário ao Direitos das Gentes e que seja materialmente possível de ser executado. Por fim, não pode haver vícios de consentimento, que para Portela²² são: o erro, o dolo, a coação e a corrupção do representante do Estado.

Concluído isto, agora, vejamos como se dá o processo de formação e incorporação de tratados. A primeira etapa para a formação de um tratado internacional, ensina o retrocitado doutrinador²³, é a negociação. Nesse momento, os pactuantes irão discutir e estabelecer os termos do tratado. Logo após, vem a assinatura, que encerra a negociação, expressando a concordância das partes e autenticando seu texto. Em regra, a assinatura não vincula o Estado pactuante.

Após a assinatura, leciona Neves²⁴, o tratado é encaminhado ao Congresso Nacional, onde se discute o acordo e chega-se a uma decisão (aprovando ou não o tratado). Se o Parlamento aprovar o tratado, o Poder Executivo pode ratificar o

¹⁹ PORTELA, Op. cit.

²⁰ Ibidem.

²¹ PLETSCHE, Anelise Ribeiro. Como se preparar para o exame da ordem, 1ª fase: internacional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ NEVES, Op. cit.

compromisso internacional, se não aprovar, o Poder Executivo não pode ratificá-lo.

Diante da aprovação do tratado, que se materializa através de Decreto Legislativo, firmado pelo presidente do Senado, encaminha-se o mesmo para o Poder Executivo. Destaca-se que a autorização parlamentar para a ratificação do acordo não obriga o Presidente da República. A ratificação, além de ato privativo do Presidente, é ato discricionário, guiando-se pela oportunidade e conveniência.

O próximo passo, aduz Portela²⁵, é a promulgação e publicação. Para que o tratado vigore no Brasil, é necessário que seja promulgado pelo Chefe do Executivo por meio de decreto. A publicação, por sua vez, é necessária para dar conhecimento a todos do decreto de promulgação. É a partir dela que o tratado deve ser observado pelos particulares e aplicado pelos Tribunais do País.

Um tratado entra em vigor na forma e na data previstas no tratado ou segundo for avençado pelas partes. Silente o texto do tratado, entende-se que ele entrará em vigor tão logo o consentimento em obrigar-se por um tratado seja manifestado por todos os Estados negociadores. Em tratados multilaterais, é comum exigir-se um número mínimo de ratificações para que o tratado possa entrar em vigor.

Após a entrada em vigor, a fim de poder ser invocado perante os órgãos das Nações Unidas, os tratados serão remetidos à Secretaria das Nações Unidas para registro e publicação.

4.3 A incorporação de Tratados Internacionais de Direitos Humanos no Brasil

Como se incorporam os tratados de direitos humanos à ordem jurídica interna brasileira? Ensina Portela²⁶ que é da mesma maneira que se incorpora qualquer outro tratado, a única diferença é a necessidade de um quórum diferenciado para a aprovação no Congresso Nacional, como veremos.

Esclarecido esse ponto, passemos a discutir sobre o *status* da norma internacional no nosso ordenamento jurídico. Ao longo de nossa história podemos indicar quatro correntes distintas.

A primeira corrente, que vingou pouco tempo no Supremo Tribunal Federal

²⁵ Ibidem.

²⁶ Ibidem.

(STF), esclarece Uadi Lammêgo Bulos²⁷, é a corrente que confere *status* supraconstitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, em razão da superioridade do ordenamento jurídico externo sobre o doméstico. Na doutrina aderiram a esta corrente Augustín Gordillo, André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros. O próprio Supremo Tribunal Federal acedeu a tal entendimento entre os anos de 1940 e 1950, quando atribuiu superioridade aos tratados internacionais em face da legislação nacional (Apelações Cíveis 7.872/ RS e 9.587/DF).

Na segunda corrente que prosperou a partir de 1977, aduz Bulos²⁸, o STF passou a conferir *status* de lei ordinária aos tratados. Assim, os tratados internacionais de direitos humanos e as leis ordinárias federais teriam o mesmo *status* jurídico. Sendo assim, seguem o princípio lei posterior revoga lei anterior que seja com ela incompatível. Essa corrente remonta ao RE 80.004, publicado no DJ de 29-12-1977, cujo Relator foi o Ministro Xavier de Albuquerque.

Mas as normas internacionais de direitos humanos pareciam exigir *status* mais condizente com sua importância, ao serem introduzidas no Brasil, conforme esclarece André Ramos Tavares²⁹. Dessa forma, em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 introduziu o § 3º ao art. 5º da Constituição da República³⁰, que estabelece o seguinte:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Com essa alteração constitucional, leciona Portela³¹, surgiu a possibilidade de um tratado internacional sobre direitos humanos adquirir *status* constitucional formal. A questão que fica sobre os tratados de direitos humanos seria quanto aos aprovados antes da EC/45 ou fora de seus parâmetros. Sobre essa questão, o STF

²⁷ BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva: 2011.

²⁸ BULOS, Op. cit.

²⁹ TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁰ BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 set. 2020.

³¹ PORTELA, Op. Cit.

se dividiu em dois novos entendimentos. São as duas últimas correntes.

A terceira corrente esclarece que as normas internacionais de direitos humanos teriam *status* constitucional, sendo que sua hierarquia advém do art. 5º, § 2º, da CF/88³², que estabelece: "Os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil".

A quarta corrente doutrinária é a majoritária e estabelece que os tratados de direitos humanos teriam *status* supralegal, isto é, abaixo da Constituição, mas acima das leis ordinárias.

4.4 A Responsabilidade Internacional dos Estados

Segundo Mazzuoli³³, a responsabilidade internacional é instituto jurídico que visa responsabilizar determinado Estado pela prática de um ato ilícito ao Direito Internacional Público, cometido contra outro Estado, prevendo certa reparação ao ofendido pelos prejuízos que sofreu.

A responsabilidade internacional de um Estado, segundo Neves³⁴, pode vir de uma conduta positiva (responsabilidade por comissão) ou de uma conduta omissa (responsabilidade por omissão). Pode decorrer do descumprimento de um tratado que tenha ratificado (responsabilidade convencional) ou da violação de um Direito costumeiro internacional (responsabilidade delituosa).

Além disso, aduz Portela³⁵, o ilícito pode decorrer de atos do governo do Estado (responsabilidade direta). Ou por entes que o Estado represente no âmbito internacional, como um município (responsabilidade indireta).

A fim de que haja a responsabilidade internacional, diz Neves³⁶, é necessário que ocorram três fenômenos: o ato ilícito (que decorre da violação de uma regra de Direito Internacional Público), a imputabilidade (ou seja, é preciso verificar se o Estado foi mesmo o causador do prejuízo) e o dano (que pode ser de ordem moral ou material).

³² MAZZUOLI, Op. cit.

³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁴ NEVES, Op. Cit.

³⁵ PORTELA, Op. Cit.

³⁶ NEVES, Op. Cit.

Frisa-se, com Neves³⁷, que o instituto da responsabilidade segue principalmente as teorias: subjetivista e objetivista (utilizadas a depender do caso concreto). A teoria objetivista (ou teoria do risco) exige apenas o nexo causal entre a conduta praticada e o dano resultante. A teoria subjetivista defende que além do nexo causal é preciso comprovar o dolo e a culpa.

A responsabilidade internacional pode ser reclamada por meio de mecanismos de solução de controvérsias, que incluem, diz Portela³⁸, desde meios diplomáticos a órgãos jurisdicionais, que poderão apurar o suposto ato ilícito, a imputabilidade e o dano, a fim de determinar sua reparação, conforme o caso.

Se houver responsabilização internacional, ensina Neves³⁹, a reparação será de natureza compensatória, não punitiva e deve corresponder ao dano causado. Se de natureza moral, cabe, por exemplo, pedido de desculpas ou punição dos responsáveis. Se de natureza econômica, repara-se em dinheiro.

Na atualidade, conforme escólio de Portela⁴⁰, existe possibilidade de um indivíduo responsabilizar diretamente o ente estatal na esfera internacional. É o que ocorre, *v. g.*, no sistema interamericano, administrado pela Organização dos Estados Americanos (OEA), ao qual o Brasil se filiou de livre vontade em ato soberano, submetendo-se à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sabemos que para que o conceito de soberania continue a ser um dos fundamentos da ordem internacional, precisa se adaptar às exigências de nosso tempo, o que, como vimos no início desse trabalho, é próprio de seu caráter flexível, sempre se adaptando às conveniências do momento histórico e político. Em outras palavras, o que estamos indicando é a redefinição dos contornos desse conceito clássico e não sua destruição.

Com isso, podemos dizer que se o conceito de soberania não houvesse se adaptado às novas condições internacionais, caso tivesse mantido seu caráter

³⁷ Ibidem.

³⁸ PORTELA, Op. cit.

³⁹ NEVES, Op. cit.

⁴⁰ PORTELA, Op. Cit.

absoluto, a normativa internacional não poderia ser aplicada no plano interno dos Estados e certamente não contaria com meios externos de monitoramento e de responsabilização; pois se esbarraria na antiga argumentação de que se estaria intervindo em assuntos internos dos Estados, nos quais ninguém mais teria permissão de se imiscuir.

Assim, notamos que, apesar do movimento internacional em favor da proteção dos direitos humanos e a consequente normativa daí advinda, que se tornou verdadeiro direito impositivo, a soberania dos Estados ainda se impõe nas relações internacionais. Afinal, os tratados ainda são incorporados ao ordenamento interno dos Estados de acordo com as normas estabelecidas por eles e, ademais, os organismos internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos Humanos, só podem analisar casos contra os entes estatais que concordem com sua competência.

O problema que talvez se apreenda a partir daí é sobre a construção de valores que se adequem a todos os países e culturas. Afinal, os direitos humanos como se mostram na atualidade, representam de fato uma universalidade? É possível realmente construir uma moral universal única que seja válida indistintamente para todas as pessoas e sociedade?

Sobre essa discussão que desemboca numa antiga controvérsia entre o universalismo e o "relativismo cultural", o teórico Boaventura de Sousa Santos citado por Portela ⁴¹ vem defender uma proposta interessante denominada de "hermenêutica diatópica", que reconhece a limitação dos valores dos universos culturais e, por isso, favorece o "diálogo intercultural". Se esse diálogo é viável ou utópico não nos cabe dizer, mas a própria efetivação da proteção à dignidade humana no mundo parece ser uma realidade distante diante de tantas violações observadas atualmente, apesar da gradativa atuação da comunidade internacional.

Logicamente, que no presente trabalho, tendemos ao universalismo em favor do gênero humano, mas nem por isso, podemos deixar de mencionar esse antigo debate teórico, que de maneira implícita acaba por atravessar o texto da pesquisa.

⁴¹ PORTELA, Op. cit.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 27 set. 2020.

BRASIL. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%207.030%2C%20DE%2014,aos%20Artigos%2025%20e%2066.>. Acesso em: 27 set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva: 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Metodologia Científica. São Paulo: Atlas, 2011.

LASCALA, Maria Carolina Florentino. "A relativização da soberania em prol dos direitos humanos". Revista de Direito Público, Londrina, v. 6, n. 2, p. 87-102, ago./set. 2011. Disponível em: <www.uel.br/revistas/uel/index.php>. Acesso em: 27 set. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis". Revista de Informação Legislativa. Brasília, n. 156, out./dez. 2002. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/item/id>. Acesso em: 27 set. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Gustavo Bregalda. Direito internacional público e direito internacional privado. São Paulo: Atlas, 2009.

PLETSCH, Anelise Ribeiro. Como se preparar para o exame da ordem, 1ª fase: internacional. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado: Incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. Salvador: Juspodivm, 2013.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do trabalho científico. São Paulo: Cortez, 2007.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2013.

36. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ABERTURA DO CATÁLOGO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTEGRIDADE: UM NOVO DESAFIO?

HUMAN DIGNITY, THE MATERIAL OPENING OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS AND INTEGRITY: A NEW CHALLENGE?



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-36>

*Cássia Camila Cirino dos Santos Fontana*¹

*Stanlei Ernesto Prause Fontana*²

Resumo

O presente artigo busca explorar o princípio da dignidade da pessoa humana como critério para a identificação de direitos ao longo de todo o texto constitucional e em outros instrumentos normativos. Na primeira parte, descrevem-se as características de fundamento e as funções que o princípio exerce na ordem constitucional brasileira. Explica-se a abertura material do catálogo de direitos fundamentais e a relevância dessa tendência para a proteção do sujeito, pois permite que se encontrem direitos implícitos e outros que decoram diretamente da dignidade da pessoa humana. Já na segunda parte, procura-se analisar a integridade no direito e a necessidade de que as interpretações observem a abertura material do catálogo de direitos fundamentais e promovam o diálogo das fontes, com vista a justificar a coação pública organizada da melhor maneira possível. As hipóteses obtidas são as de que a abertura do catálogo de direitos fundamentais é exigência do ideal da integridade do Direito. O método eleito para a pesquisa é o bibliográfico.

Palavras-chave: abertura – diálogo das fontes - dignidade da pessoa humana – integridade.

Abstract

This article we propose to explore the principle of human dignity as a way to identify the rights along all the constitutional text and in others acts. In the first part, we describe the characteristics of the meanings and the functions that the principle makes in the Brazilian constitutional order. We explain the material opening of fundamental rights catalog and the relevance of this tendency to the protection of

¹

² Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Possui pós-graduação lato sensu em Direito Aplicado, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná - EMAP (2015-2016). Graduado em Direito pela União de Ensino do Sudoeste do Paraná (2014), instituição pela qual obteve a láurea acadêmica. Exerceu o cargo de auxiliar de magistrado, no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, de 2015 a 2021. Advogado militante em Curitiba/PR.

the subject, because allows the recognition of implicit rights and others that derive directly of the human dignity. In the second part, we propose to analyze the integrity in the law and the need of that the interpretation observes the material opening of fundamental rights catalog and make the dialogue of sources, to justify the organized public coercion in the best possible way. The hypotheses collected are of the opening of fundamental rights catalog is demand of the ideal of integrity of law. The method elected to the research is the bibliographic.

Keywords: opening – dialogue of sources – human dignity – integrity.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem a finalidade de apreciar a dignidade da pessoa humana como critério de identificação de direitos fundamentais ao longo de todo o texto constitucional e em outros atos normativos. Inicialmente, destaca-se que os direitos fundamentais, de acordo com a concepção adotada, não se esgotam no Capítulo I do Título II da Constituição da República. Consoante o § 2º do art. 5 há posições jusfundamentais em outras partes da Carta Magna e em documentos internacionais. Cabe ao intérprete identificar tais direitos e construir fundamentações que confirmem proteção suficiente ao indivíduo. O caráter plurissignificativo da dignidade da pessoa humana permite que se reconheçam direitos implícitos ou que decorram de cláusulas abertas.

Em seguida, associa-se a abertura material do catálogo de direitos fundamentais à virtude da integridade, de acordo com a qual o direito deve ser interpretado de modo a expressar coerência moral e revelado em sua melhor luz, conforme a teoria de Ronald Dworkin. As justificativas para a coação pública organizada necessitam observar os direitos fundamentais previstos em diversos âmbitos para que sejam idôneas.

Justifica-se o emprego do método bibliográfico porque permite rever pesquisas avançadas de autores que tratam do assunto e descobrir aspectos importantes do Direito Constitucional e da Teoria do Direito.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CRITÉRIO PARA DESCOBERTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

A dignidade da pessoa humana adquiriu a conotação que lhe atribuímos hoje depois da Segunda Guerra Mundial ³. Esse momento histórico de afirmação da dignidade como princípio revela a virada do constitucionalismo e, consequentemente, das relações entre indivíduo, sociedade e Estado. A decisão fundamental tomada pela ordem constitucional brasileira vai no mesmo sentido: a dignidade da pessoa humana é fundamento da República e princípio que serve de norte ao intérprete na missão de assegurar a força normativa da Carta Magna ⁴.

Há projeções variadas da dignidade da pessoa humana, cuja importância se renova à medida que a sociedade enfrenta questões sensíveis ou revê opiniões consolidadas por mundividências preponderantes. Seguramente, o princípio dá sustentação aos direitos fundamentais - trunfos contra as maiorias - e repele as tendências violadoras da magnitude individual. Ter dignidade, entre outras coisas, significa não ser instrumentalizado e poder exigir respeito por parte de todos, sem exceções de qualquer natureza. Sob outra perspectiva, a dignidade da pessoa humana impõe deveres vinculativos aos órgãos públicos para a proteção de todos, com vista a assegurar as prestações essenciais ⁵.

Os princípios e as regras constitucionais, ainda que de modo indireto, fundamentam-se na dignidade. Portanto, o princípio em análise assume função normogenética dos demais princípios que estruturam o Estado Constitucional ⁶. De fato, os institutos mais caros ao funcionamento das instituições e dos sistemas de proteção ao indivíduo são iluminados pela dignidade, que estabelece certos interesses vitais comuns ao gênero humano. Inúmeras decisões, cotidianamente, referem-se ao princípio em todos os graus de jurisdição. Com base nele, o Supremo

³ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2019, p. 25.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2019, p. 27.

Tribunal Federal autorizou o abortamento de anencéfalos ⁷, garantiu as manifestações favoráveis à legalização do uso recreativo da maconha ⁸ e reconheceu a precariedade do sistema carcerário nacional ⁹.

Se, por um lado, a dignidade da pessoa humana tem amplitude bastante para a proteção do ser humano, por outro tamanha abertura dificulta a delimitação do princípio e de sua realização normativa. Somente nos casos concretos é que se pode analisar as possíveis violações da dignidade ¹⁰. Conceituações sumárias tendem a comprometer a força do princípio e excluir particularidades que a casuística apresenta, a partir da ampla participação das partes.

Também a dignidade da pessoa humana cumpre as seguintes funções: (a) elemento hermenêutico de atribuição de sentidos e de solução de colisões; (b) razão de limitação de direitos fundamentais; (c) limite dos limites dos direitos fundamentais; (d) conteúdo essencial de cada direito; (e) fonte de descoberta e de reconhecimento de outros direitos fundamentais, em virtude das cláusulas abertas e dos direitos não enunciados ¹¹.

Pretendemo-nos fixar na última função e apontar como a dignidade deve ser empregada como vetor para a identificação de direitos fundamentais ao longo da Carta Magna e em outros instrumentos normativos. Com o cuidado de não banalizar o conceito, o intérprete deve procurar esses direitos que qualificam o sujeito a ter vida plena, a salvo de qualquer programa despersonalizante ou desumanizador que mitigue o seu desenvolvimento.

Antes, contudo, é importante destacar que a existência da abertura do catálogo de direitos fundamentais advém da importante distinção já estabelecida na doutrina entre as normas constitucionais em sentido formal e as normas constitucionais em sentido material.

⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12.4.2012. Publicação: 30.4.2013.

⁸ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 15.6.2011. Publicação: 29.5.2014.

⁹ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 9.9.2015. Publicação: 19.2.2016.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

¹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2019, p. 29.

Em sentido formal seriam todas as que estão presentes no documento da carta constitucional, sendo materiais as que possuem matéria constitucional, sem estar necessariamente positivadas no texto da Constituição. A distinção surge pela noção de que haveria normas com conteúdo típico de uma Constituição, classificação que é alvo de críticas, pois demonstra também certa preocupação política e ideológica ¹², uma vez que só seria considerado constitucional à luz de um determinado momento do constitucionalismo¹³.

Entretanto, fato é que a distinção entre normas material e formalmente constitucionais revela a impossibilidade de o legislador constituinte esgotar a matéria em um único instrumento. Da mesma forma, seria impossível a ele prever, em um único título, todos os direitos e garantias fundamentais, razão pela qual, sendo o Direito como um todo dinâmico, deve-se também pensar na abertura deste catálogo de direitos fundamentais.

Tal abertura permite admitir que existem direitos fundamentais além dos previstos no Título II da Constituição Federal Brasileira, como os que são incorporados pelo ordenamento como norma constitucional, a exemplo os tratados internacionais sobre direitos humanos firmados, recepcionados nos termos do artigo 5º, § 2º, e também os direitos que não estão expressos na Constituição, mas implícitos aos já positivados ¹⁴.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana assume papel de destaque como elemento identificador desses direitos fundamentais implícitos, sejam de cunho defensivo, sejam de cunho prestacional ¹⁵. Assume, desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, uma “substancial fundamentalidade” em face dos demais direitos fundamentais ¹⁶.

¹² Semelhante conflito interpretativo é enfrentado por Ronald Dworkin, que propõe como solução a utilização das virtudes políticas da coerência e integridade, conforme será adiante exposto.

¹³ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 98-99.

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

A título de exemplo, pode-se identificar como direito fundamental tanto as normas de proteção ao meio ambiente, quanto o direito à motivação das decisões judiciais e administrativas, sendo esta última identificação realizada com maior dificuldade do que aquela, bem como são distintas as razões impostas para justificação de ambas ¹⁷.

Já no que diz respeito aos tratados e às convenções de direitos humanos, as constituições da atualidade apresentam certo grau de abertura para fora. Não há condições de existência isolada de algum Estado na atualidade. O constitucionalismo do pós-guerra definiu a ordem constitucional como aberta. Isso se intensificou com as vedações de cláusulas de reserva para a ratificação dos tratados e com a transferência de direitos de soberania ¹⁸.

A ordem constitucional do pós-guerra fundamenta-se na proteção dos direitos humanos e na solução pacífica dos conflitos. A abertura da constituição para fora se justificaria pela necessidade de criação de *standard* mínimo de proteção dos direitos humanos em todas as nações ¹⁹. Vale dizer que a Constituição Federal de 1988 adota os princípios da prevalência dos direitos humanos e da solução pacífica dos conflitos nas suas relações exteriores.

O compromisso com os direitos humanos prevê que os países se comprometem em respeitá-los em seus territórios. A abertura do texto constitucional permite que se atualizem as noções de direitos humanos, ou seja, o Estado abre-se para as experiências internacionais. Em razão disso, indicam-se algumas consequências que os tratados internacionais de direitos humanos podem provocar nas ordens jurídicas internas: (a) preocupação do legislador em harmonizar o direito interno às obrigações assumidas internacionalmente; (b) ampliação dos direitos garantidos em nível nacional; e (c) possíveis conflitos entre os direitos humanos e os direitos internos, o que requer mecanismos de controle ²⁰.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 99.

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: Abertura, cooperação, integração. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2013, *et passim*.

¹⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: Abertura, cooperação, integração. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2013, p. 22.

²⁰ PIOVESAN, Flávia *apud* MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**: Abertura, cooperação, integração. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2013, p. 28.

Observa-se que as constituições estão cada vez mais abertas a um diálogo com o direito internacional, sendo notável essa abertura na América Latina dos últimos vinte anos do século XX, em razão da redemocratização e fim das ditaduras em muitos desses países ²¹.

Essa abertura mostra-se perceptível pela presença de inúmeras cláusulas abertas nessas constituições, o que forma um bloco de constitucionalidade, caracterizado, sobretudo na América Latina, pela adesão de normas de direitos humanos trazidas por tratados internacionais ²².

O que torna a América Latina como um modelo de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, além, como visto, da instituição de cláusulas abertas em suas constituições, é o papel que assume a Corte interamericana, que institui como dever e obrigação dos Estados participantes a harmonização dos ordenamentos jurídicos ²³.

Nesse sentido, verifica-se tanto uma internacionalização de direitos constitucionais, quanto uma constitucionalização de direitos internacionais. Deve-se ressaltar, no entanto, que a internacionalização dessas normas não pode se resumir apenas na Convenção Americana, pois também são adotadas outras fontes, como a jurisprudência e outros documentos internacionais, que formam o chamado bloco de convencionalidade ²⁴.

Esse contexto das cláusulas abertas, que permitem o diálogo entre o Direito Interno e Internacional dos Direitos Humanos, forma o que se chama de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, fortalecido, sobretudo, pela luta pela

²¹ BORGES, Bruno Barbosa e PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, pp. 9-10, set./dez., de 2019.

²² BORGES, Bruno Barbosa e PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, pp. 10-11, set./dez., de 2019.

²³ Nesse sentido, o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos: "Artigo 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades."

²⁴ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, pp. 11-12, set./dez., de 2019.

igualdade de direitos nesta região ²⁵.

O *Ius Commune* cria essa realidade universal, sem, porém, menosprezar o aspecto local, cultural e social da sociedade em que está inserido. Mesmo tendo em vista tais aspectos, revela um sentimento de que todos, enquanto seres humanos, compartilham dos mesmos direitos fundamentais, independentemente das peculiaridades locais. Assim, o *Corpus Iuris*, ao mesmo tempo em que incentiva a proteção de direitos locais e interamericanos, busca, com uma análise internacional, a vedação ao retrocesso na proteção desses direitos ²⁶.

Aponta-se ainda, para além de um controle de constitucionalidade e convencionalidade, um controle de fundamentalidade, o qual está mais atrelado ao objetivo do *Ius Constitutionale Commune*, pois procura a construção de um sistema harmônico para a proteção dos direitos humanos ²⁷.

2.1 Busca pela integridade do Direito: Abertura do catálogo dos direitos fundamentais e o diálogo das fontes

Interpretar significa, de acordo com Ronald Dworkin, atribuir propósito às práticas jurídicas. A tarefa do intérprete não se limita a descrever a legislação ou a reproduzir os precedentes, pois requer certo engajamento com os princípios estabelecidos na comunidade política. Cabe ao intérprete revelar o Direito em sua melhor luz e oferecer justificativas ao exercício da coação pública organizada, a partir de argumentos principiológicos ²⁸.

A coerência e a integridade são virtudes políticas particularmente importantes: a primeira exige que casos semelhantes recebam tratamentos semelhantes dos órgãos públicos; a segunda tem duas dimensões e pede que os legisladores criem

²⁵ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia. Curitiba, v. 24, n. 3, p.16, set./dez., de 2019.

²⁶ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, pp.17-18, set./dez., de 2019.

²⁷ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, p.20, set./dez., de 2019.

²⁸ MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013, p. 216.

leis moralmente coerentes e que os juízes, por sua vez, interpretem as leis de modo a expressar tal coerência ²⁹.

As proposições jurídicas são verdadeiras, na linha do pensamento dworkiniano, quando decorrem dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal e proporcionem melhor visão a respeito das práticas adotadas por determinada comunidade ³⁰. O passado tem importância no processo da interpretação porque com base nele são identificados os princípios atrativos que possibilitam futuro honroso, com o acréscimo de que tais princípios sempre devem ser interpretados de forma a tornar o direito melhor ³¹.

Para Dworkin o direito é prática interpretativa "porque o seu significado enquanto prática social normativa depende das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem". A intencionalidade do Direito é a justiça ou o exercício legítimo da coação coletivamente organizada ³².

Dessa maneira, a interpretação em Dworkin procura oferecer razões que legitimem o monopólio da violência estatal. O propósito da visão construtiva adotada é o de que nossas práticas sejam melhores do que são, com base em princípios inerentes à comunidade. O diálogo das fontes parece particularmente importante na tarefa de revelar o direito em sua melhor luz: a legitimidade dos atos estatais é aferida a partir do respeito e da promoção dos direitos fundamentais que constituem os objetivos maiores dos entes públicos.

O *Ius Constitutionale Commune* permite que se articulem as disposições constitucionais e convencionais para a promoção de direitos, razão pela qual deve ser contemplado para que se cumpra o ideal da integridade. Os argumentos construídos que ofereçam razões para o emprego da coação pública dependem do diálogo entre as ordens interna e internacional. A abertura do catálogo material de direitos fundamentais reforça a proteção do indivíduo e impõe novas exigências aos intérpretes, as quais não podem ser ignoradas.

²⁹ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 213.

³⁰ STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 5ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014, p. 361.

³¹ PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. 1ª ed; Belo Horizonte: Arras Editores, 2017, p. 108.

³² MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. *et passim*.

Portanto, as fundamentações precisam de esquemas principiológicos que observem as interconexões entre a ordem doméstica e o direito comum dos países que integram a América Latina. Somente assim se obtém a teia inconsútil ³³ que justifique os precedentes, as leis, as disposições constitucionais e, doravante, os tratados e convenções de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar o princípio da dignidade da pessoa humana e sua importância para a identificação dos direitos fundamentais.

Como exposto, os direitos fundamentais não se esgotam em um título de um capítulo da Constituição Federal Brasileira, eles podem ser percebidos nas normas de direito internacional, sejam ou não incorporadas ao ordenamento jurídico, com *status* de Emenda Constitucional. Além disso, como o estudo demonstrou, os direitos fundamentais podem ser ainda implícitos aos direitos positivados no texto constitucional.

Mostrou-se, assim, que a abertura material do catálogo de direitos fundamentais é uma tendência contemporânea, na qual o direito interno não pode ser alijado do direito internacional.

Passou-se à análise do *lus Constitucionale Commune*, que representa esse diálogo entre normas internas e internacionais, visando à proteção dos direitos humanos.

Como visto, para Ronald Dworkin, o Direito é conceito interpretativo e requer que o intérprete o revele em sua melhor luz. As virtudes políticas da coerência e integridade demandam do operador do direito esforços para que o Direito se mantenha fiel aos princípios e assegure tratamento igualitário aos cidadãos, mesmo diante das suas aparentes inconsistências.

Nessa perspectiva, para que o exercício do poder se justifique, pede-se um novo olhar sobre os direitos fundamentais, pautado pelo diálogo entre as ordens interna e internacional.

³³ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª ed; Martins Fontes: São Paulo, 2002, p. 180-184.

REFERÊNCIAS

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12.4.2012. Publicação: 30.4.2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 187**. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento: 15.6.2011. Publicação: 29.5.2014.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 9.9.2015. Publicação: 19.2.2016.

BORGES, Bruno Barbosa e PIOVESAN, Flávia. **O Diálogo Inevitável Interamericano e a Construção do *Ius Constitutionale Commune***. Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, pp. 9-10, set./dez., de 2019.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2ª ed; São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª ed; Martins Fontes: São Paulo, 2002.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição: Abertura, cooperação, integração**. 1ª ed; Juruá: Curitiba, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios Estruturantes do Estado de Direito**. 1ª ed; Coimbra: Almedina, 2019.

PUGLIESE, William Soares. **Princípios da Jurisprudência**. 1ª ed; Belo Horizonte: Arras Editores.

SARLET, Ingo Wolfgang; *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed; São Paulo: Saraiva, 2013. Ebook.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª ed; Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Lenio. **Verdade e Consenso**. 5ª ed; São Paulo: Saraiva, 2014.

**PARTE X - DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEGURIDADE SOCIAL, PREVIDÊNCIA,
SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL**

37. A DESCONSTRUÇÃO DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

THE DECONSTRUCTION OF BRAZILIAN SOCIAL SECURITY LAW: AN ANALYSIS SINCE SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-37>

*Adriana da Costa Ricardo Schier
Francieli Korquievicz Morbini*

RESUMO

O sistema previdenciário brasileiro pensado pelo poder constituinte originário, em sua essência, pode ser considerado um instrumento de desenvolvimento sustentável. Contudo, ao longo dos anos, aludido sistema sofreu ao total sete reformas por emendas constitucionais, as quais trouxeram impactos significativos ao bem-estar social. Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), apoiados em 03 pilares básicos consistentes em erradicar a pobreza, acudir ao planeta e garantir a prosperidade para todos, enfatizam a importância da previdência social para se alcançar a Agenda 2030. O objetivo do presente estudo é analisar essa desconstrução do sistema previdenciário brasileiro, pelo viés dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Por meio do método dedutivo, com a realização de revisão bibliográfica de artigos e obras doutrinárias nacionais e internacionais referentes ao tema e da análise estatística, foi constatado que, muito embora o desenvolvimento sustentável tenha obtido progresso nos primeiros 15 anos, se fez necessário a renovação dos compromissos fixados – condensados na criação da Agenda 2030 – diante das dificuldades encontradas ao longo desse mesmo período de implementação. Entre os fatores prejudiciais está a desconstrução do sistema previdenciário que cada vez mais se afasta de sua finalidade de proteção social, e acaba por impedir de certa forma o desenvolvimento sustentável.

Palavras-chave: Sistema previdenciário brasileiro. Reformas previdenciárias. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

ABSTRACT

The Brazilian social security system designed by the original constituent power, in its essence, can be considered an instrument of sustainable development. However, over the years, this system underwent a total of seven reforms through constitutional amendments, which brought significant impacts to social well-being. The Sustainable Development Goals (SDGs), supported by three basic pillars consisting

of eradicating poverty, helping the planet and guaranteeing prosperity for all, emphasize the importance of social security to achieve the 2030 Agenda. The objective of the present study is to analyze the deconstruction of the Brazilian social security system, through the bias of the Sustainable Development Goals. Through the deductive method, with a bibliographic review of studies related to the theme and the statistical analysis, it was found that, although sustainable development has made progress in the first 15 years, a renewal was necessary – ending up with the creation of the 2030 Agenda – given the difficulties encountered during that same period of implementation. Among those damaging factors is the deconstruction of the social security system, which increasingly departs from its purpose of social protection, and ends up blocking the sustainable development.

Keywords: Brazilian social security system. Pension reforms in Brazil. Sustainable Development Goals (SDG).

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise sobre a desconstrução do sistema previdenciário brasileiro a partir do viés dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

O sistema previdenciário brasileiro implementado pelo poder constituinte originário se pauta em assegurar os direitos básicos sociais aos indivíduos. Ocorre que ao longo dos anos, tal sistema sofreu sete emendas constitucionais, sendo que a reforma previdenciária implementada pela EC 103/2019 trouxe significativos impactos ao bem-estar social.

Esta pesquisa será dividida em três tópicos. No primeiro se abordará o sistema previdenciário propriamente dito, aquele projetado pela constituinte de 1988, e as reformas previdenciárias que foram ocorrendo ao longo dos anos e quais as modificações efetivadas. Num segundo momento, se enfatizará a existência dos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), demonstrando os compromissos fixados pela Agenda 2030. Finalmente, discorrerá acerca dos novos caminhos do sistema previdenciário brasileiro.

Surgirá como problema o questionamento do porquê tais objetivos não são alcançados de forma satisfatória e do porquê as reformas do sistema previdenciário brasileiro, ocorridas até então, são fatores que interferem diretamente nesses resultados.

Sendo assim, o que se pretende é alertar sobre a desconstrução do sistema previdenciário, principalmente em relação a sua finalidade de proteção social, e destacar a importância que tal sistema possui no que diz respeito ao alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, demonstrando como os novos caminhos da previdência social brasileira contribuem ou não ao cumprimento dos compromissos fixados na Agenda 2030.

1. O SISTEMA PREVIDENCIÁRIO PROJETADO PELA CONSTITUINTE EM 1988 E AS REFORMAS PREVIDENCIÁRIAS PÓS CONSTITUINTE

Os constituintes, no momento político-social adventício que imperava pós-ditadura militar, aprovaram a Constituição de 1988, com o objetivo de garantir os direitos básicos e universais da cidadania.¹

À vista disso, pode se afirmar que a Carta Magna de 1988 instituiu um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. Nesse contexto, a nova Constituição em seu art. 194 estabeleceu a Seguridade Social, a qual visa assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social².

Ao presente estudo, importam as questões relacionadas ao sistema previdenciário estabelecido pelo poder constituinte originário, assim como as reformas que lhe ocorreram até o momento.

O norte da Previdência Social é a proteção social. Esta se pode vislumbrar nos

¹ MARQUES, Rosa Maria. BATICH, Mariana. MENDES, Áquila. **Previdência social brasileira: um balanço da reforma**. São Paulo Perspec. vol.17 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2003 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000100011> Acesso em: 20 jan. 2020. O tratamento concedido ao campo da proteção social na Constituição de 1988 foi resultado da defesa realizada pelos setores progressistas que demandavam na época a construção de um sistema voltado a: ampliação da cobertura para segmentos até então desprotegidos; eliminação das diferenças entre trabalhadores rurais e urbanos referentes aos tipos e valores de benefícios concedidos; implementação da gestão descentralizada nas políticas de saúde e assistência; participação dos setores interessados no processo decisório e no controle da execução das políticas; definição de mecanismos de financiamento mais seguros e estáveis; e garantia de um volume suficiente de recursos para a implementação das políticas contempladas pela proteção social, entre outros objetivos. MARQUES, BATICH, MENDES, 2003, n.p.

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 jan. 2020.

artigos 201 e 202 da Carta Magna, assim como em legislações infraconstitucionais, tais como o parágrafo único do art. 3º da Lei n.º 8.212/91 e o art. 2º da Lei n.º 8.213/91 que trazem os princípios e as diretrizes norteadoras da Previdência Social. Como exemplos, temos: o princípio da universalidade de participação nos planos previdenciários; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios; cálculo dos benefícios considerando-se os salários-de-contribuição corrigidos monetariamente; irredutibilidade do valor dos benefícios de forma a preservar-lhes o poder aquisitivo; valor da renda mensal dos benefícios substitutos do salário-de-contribuição ou do rendimento do trabalho do segurado não inferior ao do salário mínimo; previdência complementar facultativa, custeada por contribuição adicional e caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação do governo e da comunidade, em especial de trabalhadores em atividade, empregadores e aposentados³.

No tocante a estrutura do sistema previdenciário brasileiro, em relação aos regimes, houve um ordenamento entre regime público⁴ e regime privado⁵. Já no viés financeiro foi estruturado em modalidade de capitalização⁶ e repartição simples⁷.

É claro, portanto, que a intenção do poder constituinte originário ao criar a previdência social era dar amparo as contingências e in contingências da vida. Contudo, a previdência social, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sofreu algumas reformas que merecem destaque.

A primeira modificação do modelo de previdência social aprovado pela

³ BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 20 jan. 2020.

⁴ A Previdência Pública é um sistema de repartição cuja característica básica é a existência da solidariedade. Neste caso, solidariedade entre gerações, ou seja, quem paga hoje está custeando os atuais benefícios previdenciários. CLEMENT. Felipe. RIBEIRO. Juliana de Oliveira Xavier. **Prática Previdenciária para Empresas**. QuartienLatin. São Paulo. 2015. p. 23).

⁵ É regime privado a previdência complementar, prevista no art. 202 da CF. É regime de caráter facultativo, no qual se ingressa por manifestação expressa da vontade do interessado. SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Saraiva. São Paulo: 2014, p.147.

⁶ No regime de capitalização adotam-se técnicas financeiras de seguro e poupança. SANTOS, 2014, p. 147.

⁷ No regime de repartição simples, baseado na solidariedade entre indivíduos e entre gerações, as contribuições dos que podem trabalhar são imediatamente empregadas no pagamento das prestações dos que não podem exercer atividade laboral. Ibidem.

constituente ocorreu por intermédio da Emenda Constitucional n.º 3 de 1993. Dita emenda alterou os art. 40 e 42 da Constituição Federal que tratavam das pensões dos servidores públicos. A partir disso foi estabelecido que as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais seriam então custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos mesmos e que tais disposições se aplicariam aos servidores e seus pensionistas⁸.

A alteração seguinte realizada na Carta Magna em relação ao sistema previdenciário foi por meio da Emenda Constitucional n.º 20 de 1998. Aludida emenda modificou o sistema de previdência social e estabeleceu normas de transição. Em suma, algumas das modificações realizadas foram: "substituição de "tempo de serviço" para "tempo de contribuição" ao INSS, extinção da aposentadoria proporcional, fixação das idades mínimas para aposentar: 48 anos para as mulheres e 53 anos para os homens e tempo de contribuição: 30 anos para as mulheres e 35 anos para os homens".⁹

Passado cinco anos, surgiu a Emenda Constitucional n.º 41 de 2003, que trouxe mudanças relativas ao cálculo das aposentadorias e pensões de servidores públicos com base na média de todas as remunerações. Conjuntamente, agregou a cobrança de 11% de contribuição previdenciária dos trabalhadores já aposentados, e a criação de teto e subteto salarial nas esferas federais, estaduais e municipais¹⁰.

Durante o governo do presidente Lula ocorreu a aprovação de mais uma emenda no tocante a previdência social, qual seja: Emenda Constitucional n.º 47 de 2005, que beneficiou os trabalhadores de baixa renda e aqueles que não a possuíam. Estes passaram a ser enquadrados num sistema de cobertura previdenciária com contribuições e carências reduzidas, vindo a ter direito ao recebimento de um salário mínimo. Ainda sob vigência do mesmo governo, em 2012, foi editada a emenda n.º 70, que alterou as aposentadorias por invalidez no serviço público. O

⁸ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm> Acesso em: 20 jan. 2020.

⁹ MIGALHAS. **Previdência Social já sofreu seis alterações desde a Constituição de 88**. 13 nov. 2018. n.p. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/290850/previdencia-social-ja-sofreu-seis-alteracoes-desde-a-constituicao-de-88>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹⁰ MIGALHAS, 2018, n.p.

cálculo passou a ser realizado com base na média das remunerações do servidor e não com base em sua última remuneração. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 88 de 2015, viria para ampliar de 70 para 75 anos a idade estabelecida para aposentadoria compulsória¹¹

Depois de todas as remodelações mencionadas, temos, por fim, a mais recente até o momento: a Emenda Constitucional n.º 103 de 2019. Indubitavelmente a reforma da previdência que mais causou modificações no sistema previdenciário pensado pela constituinte em 1988, principalmente àqueles que ainda não estão inseridos no sistema.

As novas regras estabelecidas modificam diretamente os requisitos para a concessão de aposentadorias tanto para as pessoas do setor privado quanto para os servidores públicos, excetuando-se servidores estaduais e municipais que não estão abrangidos pela reforma. Não obstante, no Senado, há em tramitação a PEC Paralela da Previdência n.º 133/2019, cuja possui como finalidade a inclusão de Estados e Municípios na Nova Previdência juntamente com a União.¹²

Nesse prisma, para aqueles que ainda estão fora do mercado de trabalho, foram introduzidas novas regras dentro da possibilidade de aposentadoria. Em relação aos trabalhadores privados (urbanos) ou servidores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS) estipulou-se a regra da idade mínima de 62 anos (mulheres) e 65 anos (homens) dentro de um tempo mínimo de contribuição de 15 anos e 20 anos, respectivamente. Para os Servidores públicos da União, a idade mínima passa a ser 62 anos (mulheres) e 65 anos (homens), com tempo mínimo de contribuição de 25 anos, sendo 10 anos no serviço público e 05 anos no mesmo cargo em que o servidor irá se aposentar¹³

Para os trabalhadores rurais a idade mínima foi definida em 55 anos (mulheres) e 60 anos (homens), com um tempo de contribuição de 15 anos para

¹¹ CONDSEF. **Nos últimos 30 anos, Brasil já teve seis reformas da Previdência.** 13 nov. 2018. n.p. Disponível em: <<https://www.condsef.org.br/noticias/nos-ultimos-30-anos-brasil-ja-teve-seis-reformas-previdencia?fbclid=IwAR3A4lk4DkeCi2dt3kQKi9T8lMwd9pwkblepr0wXXfxPfXxyZTJKjU9kG0Y>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹² BRASIL. **NOVA PREVIDÊNCIA.** É para todos. É melhor para o Brasil. n.a, n.p. Disponível em: <<https://www.brasil.gov.br/novaprevidencia/>> Acesso em: 20 jan. 2020.

¹³ NOVA PREVIDÊNCIA, n.a., n.p.

ambos os casos. Professores têm a idade mínima estabelecida em 57 anos (mulheres) e 60 anos (homens) com uma de contribuição de 25 anos também para ambos. No tocante aos policiais federais, rodoviários federais e legislativos a idade mínima fica determinada em 55 anos com uma contribuição de 30 anos para ambos os sexos, além de 25 anos no exercício da carreira.¹⁴

Outra novidade é em relação ao cálculo do benefício, onde o valor da aposentadoria passa a ser calculado com base na média de 100% do histórico de contribuições do trabalhador. Já no que concerne às contribuições, tem-se que, ao atingir o tempo mínimo, os trabalhadores do regime geral terão direito a 60% do valor do benefício integral, com o percentual subindo dois pontos para cada ano a mais de contribuição. Mulheres terão direito a 100% o benefício quando somarem 35 anos de contribuição enquanto os homens terão acesso aos 100% quando completarem 40 anos. Os reajustes dos valores de aposentadorias nunca ultrapassarão ao teto do INSS, tampouco serão inferiores ao salário mínimo, garantindo-se que esses se baseiem pela inflação¹⁵

Ainda foram alteradas as regras relativas à aposentadoria especial, a qual, tanto para homens quanto para mulheres, passou a ter como requisito para sua obtenção: 55 anos quando forem 15 anos de contribuição, 58 anos quando forem 20 anos de contribuição e 60 anos quando forem 25 anos de contribuição.¹⁶

Fica evidente que a reforma previdenciária trazida pela EC 103/2019, impactou significativamente na vida futura das pessoas que já estão inseridas no sistema e daquelas que ainda irão se inserir. A proposta trazida pela constituinte originária era assegurar ao trabalhador, tanto daquela época como das futuras gerações, seus direitos sociais básicos expressados na forma do amparo e apoio ao final de sua vida laborativa. Porém, referida reforma se distancia dessa garantia a partir das novas disposições ao passo que inviabiliza, progressivamente, a capacidade de contribuintes já operantes no mercado de trabalho a alcançarem sua aposentadoria. As regras criadas, e vigentes, ao invés de procurar beneficiar os trabalhadores, dificultam, e até mesmo desencorajam, o acesso destes a um sistema que não lhes

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

cauciona a liberdade e a prosperidade como indivíduos diante das realidades laborais existentes no país atualmente.

Como é possível observar nas regulamentações indicadas, esta remodelação da previdência, além de criar uma idade mínima para a concessão de aposentadoria, suprimiu a aposentadoria por tempo de contribuição. Tais modificações caminham em sentido contrário aos 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, sobretudo, nos que dizem respeito à prosperidade social conforme será debatido no seguinte tópico.

2. OS OBJETIVOS DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (ODS) E OS COMPROMISSOS FIXADOS

Os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas coincidem, em boa medida, com a evolução do conceito de direitos humanos, tendo este como valor central a dignidade da pessoa humana.

Trata da evolução histórica da dignidade, pós-guerra-fria, visando à segurança do indivíduo, com garantias jurídico-políticas e de conquistas socioeconômicas capazes de reduzir a vulnerabilidade humana.

No ano de 2000, líderes mundiais se reuniram para adotar a Declaração do Milênio da ONU, na qual assumiram o compromisso de diminuir a pobreza extrema, assumindo alcançar os 08 objetivos em 15 anos. Tais objetivos ficaram conhecidos como os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e seriam: redução da pobreza; atingir o ensino básico universal; a igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres; a redução da mortalidade na infância; a melhoria da saúde materna; o combate ao HIV/AIDS, à malária e outras doenças além da garantia à sustentabilidade ambiental. Através da conferência e da adoção desses objetivos buscava-se estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento.¹⁷

Os ODM traçados nos anos 2000, e a responsabilidade assumida no comprometimento a alcançá-los dentro do prazo estabelecido de 15 anos, contribuíram positivamente na sociedade globalizada. Houve uma diminuição global

¹⁷ PNUDBR, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. n.a., n.p. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>> Acesso em 15 jan. 2020.

da pobreza, o aumento da regularidade de crianças em escolas primárias, a ocorrência de um menor número em mortes infantis, a extensão do acesso à água potável e também um êxito no combate a malária, a AIDS e a tuberculose com a redução dos números de novas infecções.¹⁸

Em razão desse progresso significativo em âmbito global uma nova agenda foi lançada no ano de 2015. Todavia, desta vez, apresentava 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e 169 metas, que foram baseados nos 8 Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Os 17 Objetivos compreendem: a erradicação da pobreza; fome zero e agricultura sustentável; saúde e bem-estar; educação de qualidade; igualdade de gênero; água potável e saneamento; energia limpa e acessível; trabalho decente e crescimento econômico; indústria, inovação e infraestrutura; redução das desigualdades; cidades e comunidades sustentáveis; consumo e produção responsáveis; ação contra a mudança global do clima; vida na água; vida terrestre; paz, justiça e instituições eficazes; e, finalmente, parcerias e meios de implementação. Estes ODS ficaram conhecidos como Agenda 2030.¹⁹

Mesmo com grandes acréscimos no relatório final de 2015 da Organização das Nações Unidas (ONU), far-se-á necessário o destaque da presença de cinco importantes brechas deixadas no alcance dos ODM. Primeiramente temos a persistência da desigualdade de gêneros que paralelamente obstrui o desenvolvimento sustentável. A segunda trata-se dos grandes desnivelamentos e vãos sociais entre os mais pobres e os mais ricos, assim como entre as áreas rurais e urbanas. Em seguida temos a constatação de que as alterações climáticas e a degradação ambiental prejudicaram o progresso alcançado até então sendo que a população pobre foi a que mais sofreu. Paradoxalmente e aliado a estas alterações ambientais, os conflitos geopolíticos continuam sendo o maior entrave no desenvolvimento humano. Por último, somente no Brasil, 13,5 milhões de pessoas ainda vivem em condições de extrema pobreza, fome e sem acesso a serviços

¹⁸ ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **Agenda 2030**. na., n.p. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁹ ONU, n.a, n.p.

básicos.²⁰

Ainda assim, há um considerável entusiasmo com a Agenda 2030 e a Força-Tarefa Global de Governos Locais e Regionais, com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a ONU-Habitat, desenvolveram um roteiro para a localização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável: a implementação e o acompanhamento ao nível subnacional para apoiar cidades e regiões no cumprimento dos compromissos traçados. Mencionado roteiro visa prestar suporte as cidades e regiões a partir da localização dos ODS e apresentação de estratégias que podem ser adaptadas a contextos específicos e a necessidades de cada uma delas.²¹

Destarte, é importante ressaltar que a busca pela vida digna e por um mínimo existencial exige um conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo satisfazer suas necessidades básicas dentro das realidades socioculturais que está imerso. Inevitavelmente, esse objetivo só poderá ser atingido de maneira saudável ao corresponder com padrões qualitativos mínimos.

Por consequência, vale afirmar que a sustentabilidade determina, para Freitas²² como responsabilidade do Estado e da sociedade associadamente, pela concretização do desenvolvimento material e imaterial com o propósito de assegurar atual e futuramente o direito ao bem-estar. Neste cenário, a sustentabilidade (ou o desenvolvimento sustentável) possui dimensões em diferentes áreas das relações humanas²³, sendo de nosso interesse integração dos setores políticos, sociais, jurídico-políticos e éticos.

3. OS NOVOS CAMINHOS DO SISTEMA PREVIDENCIÁRIO BRASILEIRO

Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento

²⁰ IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro. 2019, p. 69 Disponível em: < <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101678>> Acesso em: 15 jan. 2020.

²¹ ONU, n.a, n.p.

²² FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 41.

²³ Para mais sobre as 10 dimensões da sustentabilidade ver: IAQUINTO, Beatriz Oliveira. **A Sustentabilidade e suas dimensões**. Revista da ESMESC. Santa Catarina, 2018. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/issue/view/9>> Acesso em: 20 jan. 2020.

nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, trazidos pela Carta Magna.²⁴

A Previdência Social, regulamentada nos artigos 201 e 202 da norma suprema, da forma em que foi projetada pelo poder constituinte originário, se mostrava um instrumento eficaz na redução das desigualdades sociais, e no desenvolvimento sustentável.

Entretanto, as alterações que foram sendo realizadas no sistema previdenciário brasileiro ao longo dos anos, especialmente a mais recente, introduzida pela EC 103/2019, acabaram por desviar a finalidade da proteção social, insculpida em tal instituto.

Para Amartya Sen²⁵, usa-se o desenvolvimento como meio de remoção das principais fontes de privação da liberdade. Tais privações podem ser especificadas nesse contexto na pobreza e na tirania, na carência de oportunidades econômicas e na destituição social sistemática, tal qual na negligência dos serviços públicos e na intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.

Ademais, Amartya Sen²⁶ traz duas razões pelas quais a liberdade é central para o processo de desenvolvimento, quais sejam: a razão avaliatória e a razão da eficácia. No que concerne à primeira razão tem-se que se deve verificar, primordialmente, se houve aumento das liberdades das pessoas. Enquanto em referência a razão da eficácia se compreende que o desenvolvimento depende inteiramente da livre condição de agente das pessoas. Dessarte, o autor mantém o enfoque geral desta teoria com o princípio de que o bem-estar social é composto pelo bem-estar individual.

A previdência social é dos instrumentos que auxiliam no desenvolvimento como liberdade, ao passo que visa à persecução do bem-estar social através da proteção de infortúnios que possam surgir durante a vida do cidadão. Ou seja, é uma segurança garantida pelo Estado diante de situações adversas que possui como

²⁴ CF, 1988, n.p.

²⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.18

²⁶ SEM, 2000, p. 18.

finalidade diminuir os impactos negativos sobre àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade social, para lá de promover um amparo no final da vida laborativa. Portanto, para que haja o desenvolvimento conceituado por Sen, é impreterível combater as desigualdades. Esta incursão deve dar-se de modo que haja uma melhoria substancial na vida dos indivíduos em prol da dignidade humana e uma ampliação de suas capacidades de liberdade, papel este que é assumido pela Agenda 2030.

Os ODMs, traçados em 2000, e os ODSs, assumidos em 2015, são projetados com a finalidade de redução dessas desigualdades sociais. Nesse contexto, vão ao encontro com a defesa de um mínimo existencial, é dizer, um nível suficiente que permita a vida digna e o exercício de sua liberdade tanto no plano individual quando no plano social. Não obstante, apesar das conquistas contabilizadas até o ano de 2015, a maioria dos objetivos esteve longinquamente de serem concretizados ao longo desses 15 anos.

Em razão disso emerge dois questionamentos. Primeiramente, por qual razão esses objetivos não foram alcançados de forma satisfatória, e permanecem distantes de serem positivados. Paralelamente, porquê a reforma do sistema previdenciário brasileiro, proposta pela EC n.º 103/2019, é um fator e que intervém diretamente nesses resultados.

Partindo da premissa que o desenvolvimento sustentável depende da redução das desigualdades sociais e simultaneamente que esse objetivo deve ser alcançado ao priorizar o bem-estar social, é que se motiva a preocupação no que diz respeito à desconstrução do sistema previdenciário brasileiro que se assenta ao longo dos anos com tais reformas. Haja vista que ao invés de assegurar o alcance de direitos sociais básicos, há uma preocupação paradoxal ligada a questões econômicas, cuja se opõe ao princípio da proibição da insuficiência ao atravancar a acessibilidade de cada indivíduo a um sistema que não deveria, a partir da Constituição Federal, suprimir um conteúdo mínimo de direitos fundamentais, senão auxiliar na materialização dos direitos sociais.²⁷ Unificar fatores como idade mínima exigida com o cumprimento de um tempo de contribuição determinado, torna o sistema

²⁷ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora, 2006, p. 109.

previdenciário mais complexo, impactando significativamente no bem-estar social, modificando a sua finalidade de proteção social.

Isto posto, verifica-se que a proteção social impacta na realidade prática dos indivíduos. Assim sendo, justifica-se que a generalidade das reformas que foram realizadas até então no sistema previdenciário brasileiro, destacando a vigente pela EC103/2019, fogem da realidade prática individual daqueles que estão inseridos ou virão a se inserir na previdência social. Indubitavelmente, tais impactos de dimensões social e jurídico-políticas são obstáculos à conquista dos objetivos de desenvolvimento sustentável, uma vez que, distanciando a previdência de sua finalidade quanto à proteção social, mantêm-se as desigualdades sociais, dificultando que os resultados das ODS sejam substanciais.

Desta forma, com a implementação da nova reforma, é possível afirmar que o que a prioridade está aliada aos fatores econômicos, pois, aludida remodelação tem como alegação a economia de milhões aos cofres públicos. Ademais, analisando do ponto de vista do bem-estar físico, psíquico e espiritual dos indivíduos, não se verifica um sistema previdenciário inclusivo, contrariamente, sobrevém à criação de entraves para que a contraprestação não ocorra.

Nesse diapasão, a constituição de 1988 consagrou um Estado do Bem-Estar Social, o qual é voltado para a proteção social, de modo que isso ocorre pela efetividade da seguridade social, nela compreendida o atendimento estatal as condições básicas e essenciais relativas à saúde, a assistência social e a previdência.²⁸ Esse novo caminho do sistema previdenciário brasileiro se encontra em discordância com os compromissos fixados na Agenda 2030, colocando em evidência os fundamentos do estado democrático de direito no tocante a previdência social. As regras fixadas no sentido de aumento de idade mínima exigida e aumento do tempo de contribuição, por exemplo, exigem às mulheres que estas trabalhem dois anos a mais do que os homens. Destarte, esse novo regime proposto, bem como as regras para idade mínima, tempo de contribuição e outros benefícios concedidos pelo INSS, são medidas restritivas que ignoram e tendem a agravar as desigualdades

²⁸ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015, p. 3-4.

de gênero no País, impedindo, portanto, que os objetivos referente à igualdade de gênero, buscado pelos ODS, não se concretizem.²⁹

No Brasil a expectativa de vida das pessoas tem grandes alternâncias de região para região. As idades estabelecidas pela reforma, em alguns estados brasileiros, impossibilitarão que alguns indivíduos tenham o direito a aposentadoria. Tais aspectos levantados até agora, deixam claro que a dignidade da pessoa humana será diretamente atingida, em razão de que a proteção social buscada pelo sistema não terá efetividade na realidade prática dos indivíduos.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, pode-se concluir que as reformas previdenciárias, introduzidas pelas emendas constitucionais ao longo desses anos, culminaram com a desconstrução do sistema previdenciário brasileiro formatado originariamente.

Tal desestruturação, vislumbra-se pelo afastamento da finalidade relativa à proteção social, que foi ocorrido concomitantemente a cada nova reforma implementada. Este distanciamento intervém de maneira expressiva nos objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS), tendo em vista que a previdência social é um mecanismo dessa finalidade.

Ao perdurar uma previdência que não se preocupa com o bem-estar social, bem como, impõe medidas capazes de aumentar as lacunas já existentes de desigualdade social, não há como buscar alcançar um desenvolvimento sustentável.

Fatores como aumento da idade mínima exigida, aumento do tempo de contribuição necessário, além da unificação desses dois requisitos como condição ao acesso à aposentadoria, diminuição do valor dos benefícios, aumento de percentuais relativos à contribuição, dentre outras medidas aplicadas, criam entraves significativos ao acesso ao sistema previdenciário. Nesse contexto, pode se afirmar que se adotando medidas que se distanciam do bem-estar social, fere-se a dignidade da pessoa humana, e prejudica a obtenção de resultados favoráveis a

²⁹ MOTTA, Anaís. Reforma da previdência é mais prejudicial às mulheres, avalia Dieese. **IG**. 08 mar. 2019, n.p. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2019-03-08/nova-previdencia-prejudica-mulheres-diz-dieese.html>> Acesso em: 02 fev. 2020.

Agenda 2030, à proporção que esta busca, dentre outros objetivos, acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir a prosperidade para todos, desenvolvendo assim um futuro mais pacífico, próspero e sustentável. Contudo, essa busca pela vida digna e por um mínimo existencial, depende de um conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma qualidade de vida que concretize a dignidade da pessoa humana, finalidade esta que vem sendo impedida pelo rumo que está sendo traçado para a previdência social Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 mai. 2018

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 3 de 17 de março de 1993**. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm>

Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. **NOVA PREVIDÊNCIA**. É para todos. É melhor para o Brasil. Disponível em: <<https://www.brasil.gov.br/novaprevidencia/>> Acesso em: 20 jan. 2020.

CLEMENT. Felipe. RIBEIRO. Juliana de Oliveira Xavier. **Prática Previdenciária para Empresas**. QuartienLatin. São Paulo. 2015.

CONDSEF. **Nos últimos 30 anos, Brasil já teve seis reformas da Previdência**. 13 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.condsef.org.br/noticias/nos-ultimos-30-anos-brasil-ja-teve-seis-reformasprevidencia?fbclid=IwAR3A4lk4DkeCi2dt3kQKi9T8lMwd9pwkblepr0wXXfxPfXxyZTJKjU9kG0Y>> Acesso em: 20 jan. 2020.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IAQUINTO, Beatriz Oliveira. **A Sustentabilidade e suas dimensões**. Revista da ESMESC. Santa Catarina, 2018. Disponível em: <<https://revista.esmesc.org.br/re/issue/view/9>> Acesso em: 20 jan. 2020.

IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira. Rio de Janeiro. 2019. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101678>> Acesso em: 15 jan. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 20. ed. Rio de Janeiro: Impetrus, 2015.

MARQUES, Rosa Maria. BATICH, Mariana. MENDES, Áquila. **Previdência social brasileira: um balanço da reforma**. São Paulo Perspec. vol.17 no.1 São Paulo Jan./Mar. 2003 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392003000100011> Acesso em: 20 jan. 2020.

MIGALHAS. **Previdência Social já sofreu seis alterações desde a Constituição de 88**. 13 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/290850/previdencia-social-ja-sofreu-seis-alteracoes-desde-a-constituicao-de-88>> Acesso em: 20 jan. 2020.

MOTTA, Anaís. Reforma da previdência é mais prejudicial às mulheres, avalia Dieese. IG. 08 mar. 2019. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2019-03-08/nova-previdencia-prejudica-mulheres-diz-dieese.html>> Acesso em: 02 fev. 2020.

ONUBR, Nações Unidas do Brasil. **Agenda 2030**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> Acesso em: 15 jan. 2020.

PNUDBR, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <<https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/post-2015.html>> Acesso em 15 jan. 2020.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora, 2006.

SANTOS. Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquematizado**. Saraiva. São Paulo: 2014.

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

38. RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO À ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA: ANÁLISE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N.º 657.718/MG

RESERVE FOR CONTINGENCIES AND THE RIGHT TO PHARMACEUTICAL ASSISTANCE: ANALYSIS OF THE EXTRAORDINARY APPEAL N.º 657.718/MG



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-38>

Paulo André Freires Paiva¹

RESUMO

Há uma grande dificuldade de se precisar a extensão do direito fundamental à saúde, cabendo, então, indagar se o indivíduo teria um direito a receber do Sistema Único de Saúde qualquer tipo de medicamento que lhe fosse prescrito. Por meio do Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema de Repercussão de Geral n.º 500, fixou o entendimento de que não se insere no art. 196 da Constituição Federal a pretensão de recebimento de fármacos sem um nível satisfatório de eficácia, razão pela qual o paciente não faz jus a obter medicamentos experimentais e sem registro na autoridade sanitária brasileira, admitindo-se, contudo, algumas exceções para exigência de registro sanitário. Apesar da questão atinente ao alto custo de fármacos estar afetada a outro Recurso Extraordinário (tema n.º 006), é possível perceber que a reserva do possível que subjaz ao imperativo de evidência científica de eficácia também foi capaz de influenciar a fixação da tese em análise. Assim, busca-se compreender a posição adotada pela corte suprema brasileira, inclusive seus possíveis desdobramentos. Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica doutrinária, assim como pesquisa documental na legislação e jurisprudência. Desse estudo, extrai-se que a reserva do possível pode exercer múltiplas funções sobre o direito fundamental à saúde, com potencial para agir como elemento delimitador e/ou restritivo do direito.

Palavras-Chave: Supremo Tribunal Federal. Direito à Saúde. Medicamentos. Reserva do possível.

ABSTRACT

There is a great difficulty in specifying the extent of the fundamental right to health, so it is necessary to ask whether the individual would have a right to receive from the Unified Health System any type of medicine prescribed to him. By means of Extraordinary Appeal n.º 657.718/MG, the Federal Supreme Court, when assessing the issue of General Repercussion n.º 500, established the understanding that the

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e especialista em Processo Civil.

claim of receiving drugs without a satisfactory level of efficacy is not included in art. 196 of the Federal Constitution, which is why the patient is not entitled to obtain experimental drugs and without registration with the Brazilian health authority, although some exceptions are admitted for health registration requirement. Although the issue related to the high cost of drugs is affected to another Extraordinary Appeal (theme n.º 006), it is possible to notice that the reserve for contingencies that underlies the imperative of scientific evidence of efficacy was also able to influence the fixation of the thesis in analysis. Thus, we try to understand the position adopted by the Brazilian supreme court, including its possible unfoldings. To this end, doctrinal bibliographic research was carried out, as well as documentary research in legislation and jurisprudence. From this study, it is extracted that the reserve for contingencies can exercise multiple functions over the fundamental right to health, with potential to act as delimiter and/or restrictive element of the right.

Keywords: Federal Supreme Court. Right to health. Medicinal product. Reserve for contingencies.

1 Introdução

A Constituição Federal, ao romper com modelo *bismarkiano* de seguros sociais e ao adotar o modelo *beveridgeano*,² enuncia que o direito fundamental à saúde é efetivado pelo Estado por meio de políticas públicas sociais e econômicas que assegurem prestações de promoção, proteção e recuperação, a serem providas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), de caráter universal, igualitário e integral.

Dessas disposições constitucionais, extrai-se que os titulares têm um direito subjetivo a obter um tratamento adequado, o que compreende o recebimento de medicamentos. Com efeito, tal direito comporta uma gama de prestações a serem ofertadas pelo Estado. Contudo, a grande dificuldade que exsurge é precisar a extensão de seu âmbito de proteção e, por conseguinte, daquilo que é exigível do poder público. Cabe, então, indagar se o indivíduo teria um direito a receber do sistema público qualquer medicamento que lhe fosse prescrito.

A imprecisão de conteúdo, o reconhecimento da saúde como direito subjetivo e a força normativa da Constituição têm levado cada vez mais o Poder Judiciário a se pronunciar sobre alcance desse direito, o que se costuma designar de judicialização da saúde. Em matéria de assistência farmacêutica, um dos pontos que de maior relevância é saber se o recebimento de fármacos, ainda que sem um nível

² MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 83.

satisfatório de eficácia, como medicamentos em fase experimental ou sem registro sanitário, é uma pretensão protegida pelo art. 196 da Constituição Federal.

Pois bem. Por meio do Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG,³ tal questão chegou à apreciação do Supremo Tribunal Federal, que admitiu a importância do tema (nº 500) e fixou, em sede de repercussão geral, tese que não reconhece tais prestações como integrantes do direito fundamental à saúde, admitindo, contudo, algumas exceções para exigência de registro sanitário do produto na autoridade competente.⁴

Por avançar na interpretação da Constituição Federal e estabelecer exceções não prevista em lei, funcionando como legislador positivo, pode-se afirmar que a decisão possui um caráter ativista. Por outro lado, por fixar parâmetros para concessão de medicamentos e pretendeu refrear o excesso de judicialização e o fornecimento de tratamentos sem garantia mínima de eficácia, a tese também pode ser vista como contra ativista.

Vale destacar que, embora a questão relativa ao alto custo de fármacos esteja afetada ao Recurso Extraordinário n.º 566.471/RN (tema de repercussão geral nº 006), entende-se que, de um modo peculiar, a reserva do possível também se fez presente no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG (tema de repercussão geral nº 500).

Considerando a importância do entendimento firmado, este artigo tem por escopo realizar uma análise da referida tese, para precisar a forma pela qual o elemento escassez influenciou a decisão e determinar se a reserva do possível como se comportou como elemento delimitador ou restritivo do direito fundamental.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica doutrinária, bem como pesquisa documental na legislação e jurisprudência. Ademais, utilizou-se o método analítico-dedutivo. A fim de alcançar os objetivos, inicialmente, avalia-se o conteúdo do direito à saúde, a partir do que foi enunciado pela tese do tema de repercussão geral nº 500. Em seguida, é realizada uma abordagem sobre a reserva do possível e sua relação com a exigência de comprovação científica. Por fim, é avaliada a atuação da reserva do possível sobre o direito fundamental à saúde, à luz das teorias interna e externa.

³ Acórdão não publicado na data do envio do artigo.

⁴ Tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em 22.05.2019.

2 A densificação do conteúdo do direito fundamental à saúde

Pela tese fixada no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 657.718/MG (tema n.º 500), o indivíduo não possui o direito de receber do Estado medicamentos experimentais ou sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), salvo neste último caso, quando houver demora injustificável da agência na análise do pedido de registro. Eis o teor da referida tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União.

Nos termos do art. 3º, X, da Instrução Normativa n.º 45, da Anvisa, de 21 de agosto de 2019, medicamentos experimentais são aqueles ainda em fase de testes, isto é, sem uma perspectiva de concessão de registro. Para esses casos, a tese não admitiu nenhuma exceção.

Importa notar que o registro sanitário é ato administrativo que decorre do poder de polícia administrativa e possui a natureza jurídica de licença administrativa, requisito para que determinada atividade seja exercida legalmente. Sua concessão demanda um procedimento administrativo de caráter técnico, por meio do qual a autoridade competente em matéria sanitária avalia se o produto atende aos requisitos técnicos e, portanto, se possui condições de ser produzido, importado ou comercializado com segurança.

A tese traz uma exceção à exigência de registro sanitário para o caso de mora na análise do respectivo pedido. Mas requer um forte indicativo de eficácia do medicamento, a ser demonstrado pelo registro do produto em renomadas agências de regulação no exterior. Ou seja, a cláusula permissiva aplica-se apenas a medicamentos que estejam em vias de ser registrado no Brasil e que já tenham obtido registro em outros países.

Ademais, ainda que o medicamento sem registro no país atenda aos demais requisitos da cláusula de exceção, sua dispensação não será exigível, se houver produto com registro perante a autoridade sanitária brasileiro apto a substituí-lo.

Portanto, para o Supremo Tribunal Federal, o direito à assistência farmacêutica, corolário do direito fundamental à saúde, previsto no art. 196 da Constituição Federal, circunscreve-se ao recebimento de medicamento com alto grau de eficácia, capaz de oferecer chances reais de ganho para saúde do beneficiário, aprovado pela autoridade sanitária brasileira ou, excepcionalmente, de outros países, desde que não exista substituto com registro no Brasil.

Trata-se da reafirmação do princípio da medicina baseada em evidências, já invocada no julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.501 MC, oportunidade na qual o Supremo Tribunal Federal conferiu especial importância à função de controle sanitário desenvolvida pela Anvisa, para determinar a suspensão da eficácia de lei que dispensava de registro o fornecimento da substância fosfoetanolamina. Na ocasião, entendeu-se que a lei violava o princípio da separação de poderes e gerava risco à saúde pública, sob o fundamento da relevância da função da agência sanitária no controle de produtos que possam afetar a saúde.

Alguns nomes da doutrina já haviam se posicionado pela impossibilidade de o Estado custear medicamentos quando não houvesse garantia plausível de eficácia. Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo aduzem que das prestações decorrentes do direito à saúde devem se guiar pelos princípios da proporcionalidade, de modo que não é razoável a oferta de medicamentos ainda experimentais.⁵

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.).

De sua vez, Ricardo Seibel de Freitas Lima averba que o direito à saúde deve ser efetivado pelo Estado com racionalidade, afastando-se de seu âmbito normativo medicamentos sem garantia de eficácia, "tratamentos aventureiros" e a utilização de substâncias de uso não aprovado no Brasil.⁶

Analisando a tese por outra perspectiva, é possível inferir que o indivíduo não possui o direito subjetivo ao recebimento de qualquer medicamento que seja lhe prescrito. A pretensão de receber medicamento que não apresente um grau aceitável de eficácia e segurança situa-se em uma região não alcançada pelo âmbito de proteção do direito fundamental à saúde. É dizer: encontra-se para além do máximo que tal direito fundamental pode garantir.⁷

Assim, o fornecimento de medicamento sem registro (e sem perspectiva de obtê-lo registro) não é uma prestação exigível, ainda que o produto apresente algum poder de melhorar o estado de saúde do indivíduo ou que seja a única forma de tratamento disponível.

Feitas essas considerações sobre a delimitação do conteúdo do direito fundamental à saúde, passe-se a analisar a influência da reserva do possível.

3 Reserva do possível e direito fundamental à saúde

Embora o enunciado da tese do tema de repercussão geral nº 500 não mencione expressamente, o fator escassez se fez presente para determinar que o direito constitucional à assistência farmacêutica consiste em receber medicamento com alto grau de eficácia. É cediço que os direitos sociais, entre eles o direito à saúde, encontram-se sob influência da reserva do possível, dada a insuficiência dos recursos materiais que o Estado dispõe para fazer frente aos custos de deveres prestacionais. É dizer: surge da constatação inafastável que os recursos são

Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 44.

⁶ LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. "Direito à saúde e critérios de aplicação". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 251.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 302.

escassos e as necessidades infinitas.⁸

Não se trata de uma escassez absoluta, e sim relativa, visto que se presume a existência de saldo nas contas bancárias de titularidade do poder público, mas não o suficiente para custear todas as demandas da sociedade. Vale dizer: não significa a ausência total de meios, mas que as receitas são finitas.⁹

Tomando essas ideias em consideração, a reserva do possível pode ser entendida como a autoridade da insuficiência da capacidade financeira do Estado em matéria de realização de direitos. Por isso, é mais adequado falar de “reserva do financeiramente possível”.¹⁰ Certamente, todos direitos podem apresentar custos e depender de recursos, inclusive os chamados direitos de defesa ou negativos. Mas tal dependência financeira incide de forma direta nos chamados direitos sociais prestacionais, pois o objeto da prestação consiste em um bem ou serviço dotado de valor econômico.¹¹

Direitos sociais prestacionais asseguram a oferta de utilidades que o indivíduo conseguiria adquirir no mercado.¹² Logo, a impossibilidade material que recai sobre bens e serviços ainda não disponíveis para comercialização não que diz respeito à (in)capacidade financeira do Estado e, por conseguinte, não pode ser atribuída à reserva do possível.

Decerto, a escassez é um fenômeno de múltiplas faces. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo apresentam uma teoria de dimensão tríplice de reserva do possível, formada pelos seguintes itens: disponibilidade fática; disponibilidade jurídica, esta entendida como competência para dispor sobre os recursos existentes e, por fim, proporcionalidade da prestação. Nessa perspectiva, a reserva do possível é vista como limite de ordem fática e jurídica.¹³

⁸ SCAFF, Fernando Facury. “Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 136.

⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 90.

¹⁰ Ibid., p. 91.

¹¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 158.

¹² ALEX, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 499.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.).

Não obstante, reputa-se mais fidedigno a sua natureza atribuir à escassez um caráter estritamente fático (o imperativo da escassez). Não obstante, esse "dado da realidade" é capaz de conformar o Direito sob vários aspectos.¹⁴ Esse poder de conformação propicia à reserva do possível desempenhar uma gama de funções, que pode agir como elemento de interpretação, fundamenta de restrições de direitos, fundamento para criação de normas, fundamento para exigência de eficiência e racionalidade do gasto e, ainda, para exigir o estabelecimento de prioridades para as despesas, por meio do orçamento.

Por possuir caráter essencialmente fático, tem-se que a autorização legislativo-orçamentária não é elemento integrante da reserva do possível, mas uma de suas decorrências. Mesmo porque a falta de dotação orçamentária é algo superável, diversamente do poder da escassez. Portanto, se não é possível escapar da escassez, escolhas devem ser realizadas, o que cabe ser realizado por meio da peça orçamentária, desde que observe as escolhas predeterminadas pela própria Constituição.

Dessa forma, não é dado ao Estado utilizar o argumento da incapacidade financeira para se eximir de cumprir prestações hauridas de normas constitucionais, a exemplo da oferta de medicamentos. Todavia, é um equívoco pensar que o papel da reserva do possível se reduza a retirar a eficácia dos direitos fundamentais. Como visto antes, ela é capaz de exercer uma série de funções sobre os direitos. Logo, mesmo que determinada pretensão esteja protegida pelo texto constitucional, recebe o influxo da reserva do possível.

Expostas essas ideias sobre o elemento escassez, urge demonstrar a relação que se estabelece entre a reserva do possível e exigência de comprovação científica para dispensação de medicamento pelo Estado. Tal questão será tratada adiante.

Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível". 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 30.

¹⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível.** 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 212.

4 Relação entre reserva do possível e comprovação científica

O componente escassez não entrou em cena em seu estado puro, mas interligado com o fator segurança sanitária. Decerto, o principal argumento utilizado no julgado em análise foi a necessidade de garantir um tratamento idôneo e que não acarrete riscos de efeitos colaterais e danos aos pacientes.

Todavia, a ausência de evidência científica não tem o condão de afastar a dispensação de fármacos sem eficácia comprovada e sem registro, pois, em algumas situações, a negativa de um medicamento, ainda que experimental, poderia representar um prejuízo maior à saúde da pessoa, notadamente quando a única chance de sobrevivência é pelo acesso a tal tratamento. Nesses casos, não caberia argumentar que o risco de um efeito colateral ou a ausência de evidência seria suficiente a impedir a concessão do medicamento sem comprovação de eficácia.

Como se vê, o fator evidência científica apenas ganha força para excluir tal prestação, quando se passa a considerar o elemento escassez. Em uma situação ideal de ausência de limitações financeiras, não haveria justificativa para que o âmbito de proteção do direito à saúde não abrigasse o fornecimento de fármacos que oferecessem qualquer probabilidade de sucesso, ainda que de nível de eficácia inferior aos medicamentos com registro. Naturalmente, essa possibilidade de eficácia dependeria de ser demonstrada por meio de prova pericial adequada.

Apesar de Gabriel Ducatti Lino Machado defender que evidência científica e reserva do possível são elementos estanques de delimitação do direito jusfundamental à saúde,¹⁵ o julgamento do tema de Repercussão Geral nº 500 demonstrou que escassez e comprovação de eficácia estão conectadas.

A compreensão da corte suprema foi no sentido de que tratamentos sem garantia de eficácia, independente de apresentar custos individuais elevados, não se justificam, na medida que retiram recursos que poderiam ser destinados ao custeio de medicamentos capazes de gerar chances concretas de cura e de melhoria na saúde das pessoas.

¹⁵ MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. "O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil". *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 75-106, maio/ago. 2018. p. 93.

Uma das funções da reserva do possível é exigir uma interpretação que preze pela eficiência. Ao trazer esse dado econômico ao Direito, o Supremo Tribunal Federal, sob a influência do quadro de carência de recursos e da existência de infinitas demandas, prestigia o modo racional de gasto, a fim de que os recursos públicos beneficiem o maior número possível de pessoas.¹⁶

A despeito da tese de Repercussão Geral nº 500 não versar sobre a extensão do custo, a reserva do possível desempenhou papel interpretativo determinante para conclusão do julgado, que definiu critérios de densificação do conteúdo do direito à saúde, cabendo, a seguir, verificar se sua atuação ocorreu de forma interna ou externa ao direito.

5 Reserva do possível: função delimitadora e restritiva

Não há consenso doutrinário sobre o enquadramento da reserva do possível como elemento interno ou externo ao direito fundamental de cunho prestacional. Comumente, duas teorias são utilizadas pelos constitucionalistas para explicar o fenômeno da escassez, quais sejam: a teoria interna e a teoria externa.

Pela teoria interna, a extensão do direito é determinada por aspectos existentes no próprio direito, o que vem a ser designado de limites inerentes, que assumem a natureza de normas e desenham de modo definitivo e preciso o direito. Assim, o conteúdo do direito é constante e imutável, independentemente da situação em concreto. Segundo essa teoria, compete ao legislador a função de reconhecer tais limites e, por conseguinte, conformar o direito fundamental.¹⁷

Contudo, tal teoria tem recebido certa resistência, pois gera o risco de comprometer a tutela dos direitos, por atribuir ao legislador a tarefa de, discricionariamente, definir o âmbito de proteção do direito fundamental e seus

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti. "Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?" In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 52.

¹⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: introdução geral**. Estoril: Príncipia, 2007. p. 112-113.

respectivos limites.¹⁸

De sua vez, para a teoria externa defendida por Robert Alexy, o afastamento de posições asseguradas por direitos fundamentais dá-se por meio de restrições, elementos estranhos ao direito a ser restringido. Ou seja, direito e restrição são unidades independentes, de modo a existir uma proteção *prima facie* e uma proteção definitiva. Por essa teoria, restrições podem, ou não existir, fazendo com que o direito tenha uma extensão variável, conforme a situação.¹⁹

Portanto, caso empregada a teoria interna, a escassez será considerada congênita e conformadora do próprio direito fundamental, assumindo a condição de limite imanente. Daniele Mello e Gustavo Amaral entendem que a reserva do possível é parte integrante do próprio direito.²⁰

De modo diverso, se aplicada a lógica da teoria externa, a reserva do possível ganha o caráter de restrição, atuando em momento posterior e de acordo com o caso concreto. Essa é a visão de Robert Alexy.²¹ Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchtner Figueiredo também visualizam a reserva do possível como elemento externo ao direito.²²

Não obstante as ideais expostas, o que se vem a defender no presente estudo é que a reserva do possível pode exercer a função de limite e a de fundamento para restrições. Enquanto elemento delimitador, afasta peremptoriamente determinadas prestações do âmbito de proteção do direito fundamental. Como fundamento para restrições, exclui bens protegidos *prima facie*.

Decerto, a tese de Repercussão Geral nº 500 reconheceu um limite ao direito constitucional à saúde, isto é, um impedimento para que o direito, ainda que em sua extensão máxima, proteja uma determinada prestação relativa à saúde. Contudo,

¹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. p. 202.

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 277.

²⁰ MELLO, Danielle; AMARAL, Gustavo. "Há direitos acima dos orçamentos?" In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 91.

²¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 515.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 30.

isso não significa que o Supremo Tribunal Federal tenha adotado a teoria interna, porquanto os lindes do direito não foram estabelecidos com caráter definitivo.

De rigor, o entendimento da corte suprema abre espaço para uma teoria externa que não seja refratária a um grau mínimo de delimitação do direito e que não parte de um âmbito de proteção ilimitado, admitindo a coexistência de limitações prévias e restrições posteriores, tal como propõe José de Melo Alexandrino.²³

Essa posição também é compatível com o pensamento de Jorge Reis Novais, que registra a existência de elementos capazes de realizar “uma primeira delimitação do âmbito de proteção direito fundamental” e que desempenham a função de excluir “certas zonas, actividades, possibilidades ou comportamentos, que os particulares poderiam eventualmente invocar como constituindo desse direito”.²⁴

Portanto, considerando que os direitos fundamentais sociais se submetem a delimitações e restrições, entende-se que a reserva do possível pode agir sob ambas as formas. Assim, por força de sua função delimitadora, a corte suprema firmou o entendimento de que a pretensão de receber medicamentos sem registro sanitário não é alcançada pelo direito jusfundamental à saúde, o que não exclui seu poder restritivo em concreto. Não se trata de *bis in idem*, pois a reserva do possível incide em momentos distintos. Primeiro, de forma prévia e abstrata. Segundo, em um momento posterior e de forma concreta.

Nesse sentido, Gabriel Ducatti Lino Machado defende que a reserva do possível atua duplamente, influenciando a definição do âmbito de proteção do direito à saúde, como vetor interpretativo, bem como servindo de justificativa para sua restrição. Dessa forma, a escassez se desdobra em duas: a abstrata, que ajuda a delimitar o direito e a concreta, que restringe posições garantidas em abstrato.²⁵ Tal posição é a que mais adequa ao caráter multifuncional da reserva do possível.

Entretanto, é de se advertir que a ação prévia realizada pelo elemento escassez não tem o condão definir de modo absoluto as raias do direito fundamental,

²³ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Princípia, 2007. p. 112-113.

²⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 274.

²⁵ MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. “O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil”. **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 75-106, maio/ago. 2018. p. 88-89.

mas apenas auxilia a descobrir seu conteúdo preliminar.

Na tese de repercussão geral nº 500, a reserva do possível que subjaz à exigência de comprovação científica descortina um limite inicial ao direito à assistência farmacêutica, conferindo-lhe o caráter de elemento de delimitação nos moldes desenvolvido por Jorge Reis Novais,²⁶ não impedindo que o fator escassez, agora representado pelo elevado custo de determinado medicamento, surja, no caso específico, como fundamento para restrição de uma prestação abstratamente incorporada ao direito fundamental à saúde (matéria do tema de repercussão geral nº 006).

Note-se também que a exigência de comprovação científica de eficácia determinada pela escassez não corresponde a uma restrição, pois a prestação afastada sequer é garantida *prima facie*. Por isso, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal não aderiu à ideia formulada por Robert Alexy para explicar o julgamento do caso *numerus clausus*, para quem, o Tribunal Constitucional Federal alemão partiu "de um direito subjetivo *prima facie* e vinculante, de todo cidadão que tenha concluído o ensino médio, a ser admitido no curso universitário de sua escolha", que não se confirmou em um direito definitivo, por efeito da incidência da "cláusula de restrição".²⁷

Então, se a reserva do possível também é concebida aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade,²⁸ por uma teoria que concilia delimitações e restrições, essa razoabilidade já é passível de ser aferida em nível abstrato, ainda que sem tom de definitividade, remanescendo espaço para uma análise em concreto da razoabilidade de restrições.

Conclusão

De acordo com tese de repercussão geral nº 500, o âmbito de proteção do direito fundamental à assistência farmacêutica não comporta a pretensão de receber medicamento que não apresente um grau elevado de eficácia e segurança, atestado

²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 274.

²⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 515.

²⁸ Ibid., p. 439.

por meio do registro sanitário.

Para definição do entendimento, o componente escassez agiu de modo associado ao fator segurança sanitária. Por influência da reserva do possível, a corte suprema compreendeu que tratamentos sem garantia de eficácia não se justificam, por retirar recursos que poderiam ser destinados ao custeio de medicamentos que proporcionam chances concretas de cura e de melhoria na saúde.

Apesar do Supremo Tribunal Federal ter revelado um limite ao direito constitucional à saúde, não seguiu a teoria interna, mas abriu espaço para adoção de uma teoria externa que admite a coexistência de delimitações prévias e restrições.

Dado o caráter multifacetado, a reserva do possível pode se apresentar sob a forma de limite e restrição. No caso em análise, a reserva do possível que subjaz à exigência de comprovação científica exerce a função de elemento de delimitação, por descortinar um limite inicial ao direito à assistência farmacêutica. Isso, contudo, não obsta que o fator escassez ressurgja, em um caso específico, como fundamento para restringir uma prestação protegida *prima facie* pelo fundamental à saúde (p. ex. alto custo de medicamento com registro).

Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Príncípa, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

LIMA, Ricardo Seibel de Freitas. "Direito à saúde e critérios de aplicação". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 237-253.

LOPES, José Reinaldo de Lima. "Em torno da "reserva do possível". In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 155-173.

MACHADO, Gabriel Ducatti Lino. "O direito fundamental a serviços de saúde no Brasil". **Rev. Direito Adm.**, Rio de Janeiro, v. 277, n. 2, p. 75-106, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/76705/73705>. Acesso em: 19 set. 2020.

MÂNICA, Fernando Borges. **O setor privado nos serviços públicos de saúde**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MELLO, Danielle; AMARAL, Gustavo. "Há direitos acima dos orçamentos?" *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 79-99.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1 ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais sociais frente à reserva do possível**. 2006. 390 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp007711.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. "Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 13-50.

SCAFF, Fernando Facury. "Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível". *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 133-153.

TIMM, Luciano Benetti. "Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?" *In*: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e "reserva do possível"**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010. p. 51-62.

39. O RECONHECIMENTO DA JUSTICIABILIDADE DIRETA DO DIREITO À SAÚDE PELA CORTE IDH: ANÁLISE CRÍTICA DO CASO POBLETE VILCHES VS. CHILE¹

THE RECOGNITION OF DIRECT JUSTICIABILITY OF THE RIGHT TO HEALTH BY THE
INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE CASE
POBLETE VILCHES VS. CHILE



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-39>

Rosana Helena Maas²

Sabrina Santos Lima³

RESUMO

O direito à saúde é amplamente reconhecido como um direito fundamental – no ordenamento jurídico brasileiro – e humano – a nível internacional –, estando

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Brasil – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (*Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers*) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), coordenado pela Professora Pós-Doutora em Direito Mônia Clarissa Hennig Leal. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

² Pós-doutorado pela *Paris Lodron Universität Salzburg*, na Áustria (2018), e Doutorado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no Brasil (2016), com doutorado sanduíche na *Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald, Rechts – und Staatswissenschaftliche Fakultät*, na Alemanha (2016). Professora concursada da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC no Curso de Direito e na Pós-Graduação em Direito. É integrante do grupo de estudos “Jurisdição Constitucional aberta” coordenado pela Profa. Pós-Doutora Mônia Clarissa Hennig Leal, vinculado e financiado pelo CNPq. É autora de livros e artigos publicados no Brasil e no exterior. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9930-309X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2204113976797800>. E-mail: rosanamaas@unisc.br.

³ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, no eixo Dimensões Instrumentais das Políticas Públicas. Bolsista PROSUC/CAPES. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES. Professora de Direito na Faculdade Dom Alberto. Servidora Pública do Município de Santa Cruz do Sul/RS. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos”, vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal. ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-2863-1755>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9782118834420014>. E-mail: sa._94@hotmail.com.

previsto em diversos documentos jurídicos vinculantes. O reconhecimento de violações desse direito, no cenário interamericano, contudo, tendencialmente vinha ocorrendo de forma indireta, isto é, sempre através da vinculação com um direito civil individual (como o direito à vida), de modo que, em vista disso, desenvolveram-se debates acerca da possibilidade da justiciabilidade direta desse direito social pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se intensificaram com o caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018). Nesse contexto, questiona-se, frente ao caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), decisão marco referente ao tema: quais são os fundamentos utilizados pela Corte IDH para justificar a justiciabilidade direta do direito à saúde? Utiliza-se para a construção da pesquisa o método de abordagem dedutivo, o método procedimental analítico e a técnica de pesquisa da documentação indireta.. Concluiu-se, que os argumentos centrais da Corte concentram-se: a) na derivação direta da Carta da OEA; b) na previsão na Declaração Americana, notadamente em seu artigo 29.d; c) no reforço da própria legislação interna do Estado, que prevê a garantia do direito à saúde; e d) no *corpus iuris* internacional acerca do direito à saúde. Pretende-se contribuir para uma melhor compreensão da justiciabilidade do direito à saúde perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para que, a partir desse estudo, possa avançar-se na compreensão, efetivação e garantia desses direitos.

Palavras-chave: caso *Poblete Vilches vs. Chile*; Corte IDH; direito à saúde; justiciabilidade direta dos DESC.

ABSTRACT

The right to health is widely recognized as a fundamental right - in the Brazilian legal system – and as a human right - at the international level - and is provided for in several binding legal documents. The recognition of violations of this right, in the Inter-American scenario, however, tended to occur indirectly, that is, always through the link with an individual civil right (such as the right to life), so that debates regarding the possibility of the direct justiciability of this social right by the Inter-American Court of Human Rights were developed, which intensified with the *Poblete Vilches vs. Chile* (2018) Case. In this context, it is questioned, in the face of the case *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), the major decision on the topic: what are the grounds used by the Inter-American Court to justify the direct justiciability of the right to health? The deductive approach method, the analytical procedural method and the indirect documentation research technique were used for the construction of this research. It was concluded that the central arguments of the Court focus on: a) the direct derivation of the OAS Charter; b) in the prediction in the American Declaration, notably in its article 29.d; c) the strengthening of the State's own internal legislation, which provides for the guarantee of the right to health; and d) in the international *corpus iuris* about the right to health. It is intended to contribute to a better understanding of the justiciability of the right to health before the Inter-American Court of Human Rights, so that, based on this study, progress can be made in understanding, implementing and guaranteeing these rights.

Keywords: case *Poblete Vilches vs. Chile*; Inter-American Court of Human Rights; right to health; direct justiciability of the Economic, Social and Cultural rights.

1 INTRODUÇÃO

Enquanto os direitos civis e políticos estão catalogados em um amplo rol na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), encontram-se previstos em um único dispositivo do Pacto (artigo 26), que não especifica quais os direitos por ele protegidos. Em razão disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vinha, de forma reiterada, garantindo os DESC pela via indireta, isto é, através da vinculação com algum direito individual. Notadamente no que tange o direito à saúde, em 2018, pela primeira vez na história do Tribunal, através do caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), reconheceu-se a justiciabilidade do direito à saúde de forma autônoma.

Contudo, muito embora tenha sido esse o entendimento majoritário do Tribunal no caso *Poblete Vilches vs. Chile* (2018), o juiz Sierra Porto, em voto separado, manifestou-se de forma contrária à possibilidade da proteção direta do direito à saúde, ao considerar a Corte IDH incompetente para declarar a violação autônoma dos DESC. Partindo desse contexto, em que não há um entendimento pacífico, sólido e consolidado acerca da possibilidade da garantia do direito à saúde de forma direta, perante a Corte IDH, emerge o seguinte problema de pesquisa: quais são os fundamentos utilizados pela Corte IDH para justificar a justiciabilidade direta do direito à saúde?

A análise da evolução jurisprudencial da Corte IDH com relação à proteção do direito à saúde, com especial destaque para o caso *Poblete Vilches vs. Chile*, revela-se estratégica e essencial para a construção e consolidação da tese da justiciabilidade direta do direito à saúde no contexto do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos (SIPDH). Desse modo, a fim de cumprir com o objetivo do trabalho, utiliza-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para a particular, através de pesquisa bibliográfica e análise jurisprudencial. O método procedimental, por sua vez, consiste no método analítico, e a técnica de pesquisa na utilização de documentação indireta, sendo que o aporte doutrinário servirá de embasamento, complementação e efetiva contribuição para a posterior análise da decisão judicial.

Assim, num primeiro momento, desenvolve-se um aporte teórico acerca da construção e evolução do SIPDH e da proteção interamericana conferida ao direito à saúde, e, ao final, analisa-se a justiciabilidade – direta e indireta – do direito à saúde no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir do estudo de sentenças contenciosas proferidas pelo Tribunal, bem como da análise crítica do caso Poblete Vilches vs. Chile e do voto separado do juiz Sierra Porto, para poder responder as problemáticas trazidas nesse trabalho, na busca de contribuir para o estudo da justiciabilidade do direito à saúde na Corte IDH.

2. O SIPDH E A PROTEÇÃO INTERAMERICANA DO DIREITO À SAÚDE

O SIPDH consiste em um sistema regional de proteção, criado e desenvolvido com o objetivo de complementar e reforçar o âmbito de proteção conferido pelo Sistema Global, e tem como instrumento jurídico principal a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴. Os direitos civis e políticos estão previstos no Pacto de San José de forma expressa, em forma de um catálogo, nos artigos 3 a 25, ao passo que, com relação aos DESC, não há um rol de direitos propriamente dito, mas sim uma previsão ampla que determina a progressividade na busca pela plena efetividade dos direitos, na medida dos recursos disponíveis⁵. Tal mandamento encontra-se previsto no artigo 26, da Convenção.

Essa é, de fato, a primeira diferença perceptível entre os direitos civis e políticos e os DESC, que se deu em razão, principalmente, da posição contrária de países de raiz mais liberal em incluir um rol de direitos de cunho social no Pacto de San José⁶. A atmosfera que envolve os direitos de segunda dimensão é composta por uma série de objeções quando se fala na plena efetividade, máxima garantia e

⁴Lembra-se, contudo, que além da Convenção, outros instrumentos compõem o chamado aparato jurídico interamericano - o *corpus iuris interamericano* -, como os Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, a Convenção de Viena, Protocolos Adicionais, etc. Alcalá, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, 2012, p. 57-140.

⁵ Trindade, Antônio Augusto Cançado. *O desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais*. Fortaleza: FB Editora, 2019. p. 82

⁶ Proner, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de Proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

vinculação dos Estados na prestação desses direitos.

Diante de tal conjuntura, surgem debates em torno da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do Sistema Interamericano, notadamente quando se questiona se a sua garantia, através da Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia se dar de forma direta, desvinculada da garantia de um direito individual⁷.

Não se pode negar que argumentos fortes foram construídos por ambos os lados. As posições contrárias à aplicabilidade direta dos DESC defendem o caráter programático do artigo 26, da Convenção Americana, o que impediria a aplicabilidade direta e imediata desses direitos. Também apontam que tal dispositivo não inclui um rol de direitos sociais, evidenciando que essa não era uma vontade dos Estados que formularam e ratificaram o Pacto. E, ainda, compreendem a cláusula de progressividade como um estándar de não justiciabilidade⁸.

Aliado a isso, argumenta-se justamente que em razão da falta de reforço do artigo 26, e da proteção fraca que ele confere aos direitos sociais, foi promulgado um Protocolo adicional para suprir esse "gap", essa lacuna deixada pelo dispositivo convencional. Trata-se, pois, do Protocolo de San Salvador, especificamente com relação ao seu artigo 19, de modo que "the clear implication of that article is that violations of the other articles of the San Salvador Protocol do not give rise to the right of individual petition to the Inter-American Commission"⁹.

De acordo com Cavallaro e Schaffer, portanto, o Protocolo de San Salvador, muito embora apresente um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais,

⁷ Nesse sentido, ver: Ramírez, Sergio García. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. *Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 9, dez./2003, p. 127-157. ROSSI, Julieta; Abramovich, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *R: revista Estudios Socio-Jurídicos*, v. 9, n. 34-53, abr./2007, p. 34-53.

⁸ Parra Vera, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Flores Pantoja, Rogelio. (Coord.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESC en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro, 2018. p. 181-234. p. 187.

⁹ Cavallaro, James; Schaffer, Emily. Less as more: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, n. 56, 2004, p. 217-282. pp. 268-269, grifo nosso. Na mesma linha, ver: Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R. The american convention and the protocol of San Salvador: two intertwined treaties. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, v. 31, n. 2, out./2011, p. 159-186.

seleciona poucos como sendo cobertos de exigibilidade direta perante a Corte IDH: os direitos sindicais, previstos no artigo 8, e o direito à educação, previsto no artigo 13, de modo que os demais direitos ali contemplados não poderiam ser buscados pela via da petição individual. Parra Vera também afirma que o Protocolo, que “estaba llamado a resolver los problemas derivados de la ambigüedad de la Convención Americana en la materia, terminó siendo el principal obstáculo para dar un paso firme hacia la justiciabilidad directa”¹⁰.

Entretanto, muito embora a Convenção Americana não traga um amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais, como o fez com os direitos civis e políticos, a Corte Interamericana não deixava de protegê-los. Tal proteção, contudo, tendencialmente vinha se dando de forma indireta, sempre vinculada a um direito civil – o que ocorre na Alemanha, que não reconhece os direitos sociais como direitos subjetivos, protegendo os mesmos através de direitos fundamentais individuais.

No que tange, notadamente, ao direito à saúde, tem-se que a busca pela sua concretização é assunto corrente de análise e discussão hodierna. E sua abrangência não é local, mas regional, nacional e global. Oportuno é abarcar que a Corte Interamericana, em seu Relatório Anual de 2018¹¹, descreve o direito à saúde como um direito humano fundamental e indispensável ao exercício adequado aos demais direitos humanos, sendo dever do Estado a proteção e a garantia de serviços essenciais de saúde. Assim sendo, prosseguindo, em questões históricas, afirma-se que é com a assinatura da Carta das Nações Unidas em 1945, que o Sistema Interamericano, através dos artigos 55 e 56, inicia sua busca por melhores condições sociais e econômicas dos países membros¹².

Verifica-se que essa normatização pode ser concebida como um esboço para os direitos sociais que serão consagrados em documentos subsequentes, em que os

¹⁰ Parra Vera, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Flores Pantoja, Rogelio. (Coord.). *Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro, 2018. p. 181-234. p. 232.

¹¹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Relatório Anual de 2018*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 19 maio de 2019, p. 141.

¹² Organização Das Nações Unidas. *Carta da Organização das Nações Unidas*, 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

países membros se comprometem em agir em cooperação a obter melhores condições de vida e de bem-estar. Já o direito à saúde, ganha reflexo no “item b” quando o objetivo vem na solução de problemas internacionais “sociais, sanitários e conexos”. Nesse toar, segundo *Trindade*¹³, é através da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que se inicia um processo de universalização e indivisibilidade dos direitos sociais e se adotam instrumentos para a proteção desses direitos humanos.

A base dos direitos sociais, além do princípio da dignidade da pessoa humana, é o princípio da solidariedade, que proclama o direito à seguridade social, o direito ao trabalho e a proteção contra o desemprego, como itens elementares e indispensáveis para a proteção das classes ou grupos sociais mais fracos ou necessitados¹⁴.

Em 1966, o Pacto de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), no contexto global, a partir da Assembleia Geral das Nações Unidas, surgem como instrumentos de exigibilidade para a proteção de tais direitos, entretanto, isso causa na seara jurídica uma ideia de divisibilidade¹⁵.

Através de tantas outras sucessivas tentativas, como, por exemplo, a Proclamação de Teerã em 1968, a Conferência de Direitos Humanos de Viena em 1993, as Recomendações Gerais do Comitê de Direitos Humanos da ONU e as normas provenientes das Convenções da Organização Internacional do Trabalho sobre o respeito e a proteção da saúde do trabalhador e da necessidade de um ambiente de trabalho saudável, vieram para contribuir para a formação de um aparato jurídico com mecanismos capazes de resguardar e de proteger o direito humano e social à saúde.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por intermédio da Declaração dos Direitos e Deveres do Homem proclamou, no seu artigo XI, a proteção e a promoção do direito à saúde por meio de medidas sanitárias e sociais relativas à

¹³ Trindade, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 01.

¹⁴ Comparato, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

¹⁵ Terezo, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1 ed. Curitiba: Appris, 2014, p. 341.

alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos¹⁶. Contudo, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, apesar de ser vinculante e obrigatória, pecou quanto aos instrumentos de proteção dos direitos sociais. O artigo 26 é o único dispositivo acerca do tema¹⁷, fazendo referência ao desenvolvimento progressivo dos direitos sociais, conforme alhures referido.

Analisa-se que a obrigação referente aos direitos econômicos, sociais e culturais, ao desenvolvimento progressivo, ficou a cargo dos Estados partes. Para Azevedo Neto¹⁸, a Convenção deve ser interpretada de forma integral e em conjunto com outras previsões normativas internacionais.

Nessa análise, o artigo 26 não pode ser compreendido de forma restritiva, deve-se dar uma interpretação ampliada a fim de efetivar os direitos sociais que constam na Carta da OEA. Assim sendo, é possível observar no Sistema Interamericano uma tentativa, ainda que tímida, de conferir aos direitos sociais, nestes incluído o direito à saúde, a mesma proteção conferida aos direitos civis e políticos¹⁹.

Tecidas essas primeiras considerações, parte-se, agora, para o estudo do enfrentamento da questão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, perfectibilizado por meio de análise jurisprudencial e com especial destaque para o Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile (2018), primeiro caso sentenciado pela Corte IDH que reconhece a justiciabilidade direta do direito à saúde.

3. A PROTEÇÃO AUTÔNOMA DO DIREITO À SAÚDE NA CORTE IDH: EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL

Na Corte Interamericana, em virtude da legislação mencionada, é possível observar três diferentes estratégias de argumentos na proteção dos direitos sociais,

¹⁶ Organização Dos Estados Americanos. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b_Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁷ Convenção Americana De Direitos Humanos. *Pacto de São José da Costa Rica, 1969*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_De.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

¹⁸ Azevedo Neto, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017, p. 103.

¹⁹ Terezo, Cristina Figueiredo. *Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014, p. 254.

conforme Piovesan²⁰, sendo elas: (a) dimensão positiva de direito à vida²¹; (b) utilização do princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis; (c) proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis e políticos. Podendo-se incluir aqui uma quarta, com base no caso Poblete Vilches vs. Chile, analisado como mais cuidado em seguida.

Considerando o estudo apresentado por Piovesan quanto à proteção dos direitos sociais na Corte Interamericana, verifica-se que, no caso da problemática do direito à saúde, a terceira estratégia de argumentos é aquela que mais vinha se amoldando à questão; sendo que a garantia do direito social à saúde ocorria de forma indireta, notadamente, pela proteção dos direitos sociais por meio de direitos civis e políticos.

Dessa maneira, apresenta-se o caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai²², em que a Corte decidiu acerca da proteção ao direito de propriedade sobre as terras em que a comunidade vivia, visando a garantia do direito à saúde e a outros direitos humanos vinculados a esse.

Em continuidade, no caso Albán Cornejo y otros vs. Equador²³, o Estado do Equador foi condenado pela Corte Interamericana por suposta negligência médica em um hospital particular, já que teria o dever de fiscalizar as instituições e condições médicas, fomentando a proteção da saúde e da vida dos seus cidadãos, todavia a Corte decidiu frente à proteção ao direito à integridade pessoal e não ao

²⁰ Piovesan, Flávia. *Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano*. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.5, p. 67-80, outubro de 2009, p. 67.

²¹ Nessa perspectiva, caracterizando a primeira estratégia acima mencionada, analisa-se o caso Villagran Morales vs. Guatemala em que o Estado da Guatemala foi condenado pela Corte pela impunidade da morte de cinco crianças de rua, torturadas e assassinadas por dois policiais nacionais. No presente caso, é possível perceber que a Corte introduziu uma dupla dimensão sobre o direito à vida, uma dimensão negativa, onde todos teriam o direito de não ser privado da vida de forma arbitrária, e uma dimensão positiva, onde o Estado deveria prover os meios para proteger a vida digna, que não deveria, de forma alguma, ser vista sob uma ótica tão restritiva. (Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. (reparações e custas)*. Sentença de 26 de maio de 2001. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²² Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (exceções preliminares, mérito, reparações e custas)*. Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

²³ Corte Interamericana De Direitos Humanos. *Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador (fundo, reparações e custas)*. Sentença de 22 de novembro de 2007. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018

direito à saúde, trazendo, inclusive, que não seria o direito à saúde, naquele momento, um direito imediatamente justiciável perante a Corte. Assim sendo, ocorreu a proteção do direito à integridade física com o objetivo de garantir o direito à saúde.

Ademais, analisa-se o caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*²⁴, em que o Estado brasileiro foi condenado por maus tratos em instituição hospital, ocasionando a morte de um paciente em tratamento por saúde mental. O caso acarretou em diversas políticas públicas que trouxeram avanços significativos para o tratamento de pacientes na área da saúde mental, o aprimoramento das instituições de acolhimento, bem como o aperfeiçoamento dos profissionais da saúde no trato da relação com os pacientes²⁵.

O caso brasileiro, destaca-se, foi o primeiro no universo interamericano a apresentar a discussão referente ao direito à saúde, apesar de ser através do direito à vida e à integridade pessoal, em particular das pessoas que sofrem com problemas psiquiátricos. Nessa oportunidade, a Corte IDH não apenas explanou a questão da autonomia das pessoas doentes, como as obrigações do Estado em matéria de saúde, ficando compreendido que a saúde é um bem público cuja a proteção está a cargo do Estado²⁶.

Dessa maneira, constata-se que a Corte Interamericana, até 2018 (o que será com maior foco explanado em seguida), protegia o direito à saúde através de uma interpretação mais ampla da Convenção Americana à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, ou seja, em face de um direito civil ou político, que indiretamente repercutia na tutela do direito à saúde. Resumindo-se, a proteção do direito à saúde ocorria apenas de forma indireta e não como um direito autônomo.

²⁴ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

²⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence. La Metamorfosis del trato de los Derechos Económicos y Sociales em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. In: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Antoniazzi, Mariela Morales (Coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 592-593.

²⁶ Burgorgue-Larsen, Laurence. La Metamorfosis del trato de los Derechos Económicos y Sociales em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. In: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Antoniazzi, Mariela Morales (Coords.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 592-593.

Destarte, em 2018, com o Caso Poblete Vilches e outros vs. Chile²⁷, o direito à saúde, pelo artigo 26 da Convenção Americana, recebe proteção como direito autônomo no âmbito da Corte Interamericana. Trata-se de uma demanda relacionada ao falecimento de Vinicio Antonio Poblete Vilches, idoso, após duas entradas em um hospital público no Chile. Na sentença, a Corte declarou a responsabilidade internacional do Estado por não garantir ao idoso o direito à saúde sem discriminação, mediante serviços necessários básicos e urgentes, em atenção à situação especial de vulnerabilidade como pessoa idosa e pelos sofrimentos decorrentes da falta de atendimento do paciente. Ademais, ficou consignado que com vistas à assistência médica de urgência, os Estados devem garantir elementos como: qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade²⁸.

Da leitura e análise realizada na jurisprudência da Corte Interamericana, é possível perceber os avanços na proteção ao direito à saúde, inicialmente sendo protegido pela via indireta, pelos direitos civis e políticos, para ser resguardado como direito autônomo, estabelecendo obrigações específicas aos Estados para esse fim, ocorrendo a sua justiciabilidade pelo artigo 26 da Convenção Americana, o qual trata do direito ao desenvolvimento progressivo, como alhures já mencionado.

No teor da decisão verifica-se que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos propriamente dita não alegou a violação autônoma do direito à saúde. Os representantes, por outro lado, sustentaram a violação com base no artigo 26, do Pacto de San José, de forma direta, fundamentado tal alegação com base na decisão proferida em sede do caso Lagos del Campo vs. Perú, decisão histórica proferida pela Corte IDH, por ter sido a primeira a reconhecer a justiciabilidade direta dos DESC. O Estado, por seu turno, alegou incompetência da Corte para reconhecer a violação do direito à saúde a partir da leitura do artigo 26, e pleiteou que deve o Tribunal "respetar los límites jurisdiccionales de su competencia contenciosa y tener en consideración cuáles fueron las obligaciones contraídas por los Estados"²⁹.

²⁷ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018. São Jose da Costa Rica. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 maio 2019.

²⁸ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Relatório Anual de 2018*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 19 maio de 2019. p. 51.

²⁹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San Jose da Costa Rica. Disponível em:

A Corte, finalmente, reiterou a sua competência para julgar com base no artigo 26, em vista da interdependência existente entre os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Os fundamentos centrais da decisão que justificam a possibilidade da justiciabilidade direta centram-se, especificamente, nos seguintes pontos: a) derivação direta da Carta da OEA, que, por exemplo, prevê como objetivo básico a “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”; b) previsão na Declaração Americana, notadamente em seu artigo 29.d; c) reforço da própria legislação interna do Estado, que prevê a garantia do direito à saúde; e d) *corpus iuris* internacional acerca do direito à saúde³⁰.

Dito isso, cabe ressaltar que o voto separado do juiz Sierra Porto, o qual reiteradamente vem se manifestado de forma contrária à justiciabilidade direta dos DESC no contexto do Sistema Interamericano, aponta significativas ressalvas com respeito à proteção direta do direito à saúde:

reitero que la justiciabilidad de los DESC, a través de una aplicación directa del artículo 26 de la Convención, presenta al menos dos grandes falencias: la primera, que el mencionado artículo 26 no contiene propiamente un catálogo de derechos, sino que remite a la Carta de la Organización de Estados Americanos (en adelante, “la Carta de la OEA”), y que, a su vez, la Carta de la OEA tampoco contiene un catálogo de derechos claros y precisos que permita derivar de ellos obligaciones exigibles a los Estados por vía del sistema de peticiones individuales, y en todo caso reconoce derechos de naturaleza prestacional³⁸. La segunda, que el argumento utilizado en la Sentencia para justificar la competencia de la Corte ignora que los Estados acordaron, en el Protocolo de San Salvador³⁹, que la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a los DESC, a través del sistema de peticiones individuales, queda restringido a

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. p. 27.

³⁰ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020. pp. 34-39.

algunos aspectos del derecho a la libertad sindical y el derecho a la educación³¹.

Nesse sentido, é latente a divergência que se manifesta com relação à matéria. A Corte IDH, desde o caso Lagos del Campo, julgado em 2017, vem reforçando e investindo esforços na consolidação da tese da possibilidade da violação direta dos DESC, muito embora ainda encontre resistência. Os fundamentos pautam-se, como visto, no amadurecimento do conceito de um *corpus iuris* interamericano, de modo que devem os Estados respeitar não exclusivamente a Convenção Americana, mas todo o aparato jurídico que compõe o Sistema Interamericano de Proteção, dentre os quais encontram-se a Carta da OEA e a Declaração Americana, documentos-chave quando fala-se na garantia de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais a partir da leitura do artigo 26.

É notória a importante atuação da Corte Interamericana como a guardiã do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, com o objetivo de proteger o direito humano e social à saúde, resguardando-o de possíveis violações, ainda que tenha ocorrido uma divisão no momento da criação do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e do Pacto Econômico, Social e Cultural, visto o entendimento da época era que os direitos econômicos, sociais e culturais eram de ordem privativa interna do Estado, ocasionando assim, uma proteção parcial dos direitos sociais.

Assim, a Corte Interamericana vem progressivamente atuando de forma a ampliar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais através de uma leitura mais aberta e inovadora da legislação vigente. Proporcionando, através de um sistema multinível de proteção, avanços significativos na proteção e promoção dos direitos sociais, no caso, do direito à saúde, evitando retrocessos.

CONCLUSÃO

Diante do aporte teórico desenvolvido e análise da evolução jurisprudencial do

³¹ Corte Interamericana De Derechos Humanos. *Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 12 set. 2020. p. 2.

Tribunal de San José, constatou-se que os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, por estarem previstos no artigo 26, da Convenção Americana, vinham sendo garantidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, porém, pela via indireta, isto é, sempre pela vinculação a um direito individual. O mesmo acontecia com o direito à saúde, sempre protegido através da vinculação com o direito à vida ou à integridade. Em 2018, contudo, a Corte IDH adotou um posicionamento diferente, a partir do caso *Poblete Vilches vs. Chile*, reconhecendo a justiciabilidade direta do direito à saúde.

Resgata-se, neste momento, o problema de pesquisa inicialmente proposto: quais são os fundamentos utilizados pela Corte IDH para justificar a justiciabilidade direta do direito à saúde? Respondendo ao questionamento, conclui-se que os argumentos centrais do Tribunal calcam-se: a) na derivação direta da Carta da OEA; b) na previsão na Declaração Americana, notadamente em seu artigo 29.d; c) no reforço da própria legislação interna do Estado, que prevê a garantia do direito à saúde; e d) na consolidação de um *corpus iuris* internacional acerca do direito à saúde, que autoriza a proteção do direito à saúde pela Corte, de forma autônoma.

Nessa perspectiva, verifica-se que a Corte vem, progressivamente, atuando de forma a ampliar a proteção dos DESC através de uma leitura mais aberta e inovadora da legislação vigente, a partir de uma proteção multinível. Pretende-se, com este artigo, agregar na construção teórica acerca da possibilidade da justiciabilidade direta do direito à saúde, no contexto do Sistema Interamericano de Proteção, aprofundando e qualificando a discussão, bem como servindo de aporte para a consolidação de uma teoria sólida sobre a temática.

REFERÊNCIAS

Alcalá, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, 2012, p. 57-140.

Azevedo Neto, Platon Teixeira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais nas Cortes Internacionais de Justiça*. São Paulo: LTr, 2017.

Burgorgue-larsen, Laurence. La Metamorfosis del trato de los Derechos Económicos y Sociales em la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. In: Bogdandy, Armin von; Piovesan, Flávia; Antoniazzi, Mariela Morales (Coords.). Direitos humanos, democracia e integração jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 201.

Cavallaro, James; Schaffer, Emily. Less as more: rethinking supranational litigation of economic and social rights in the Americas. Hastings Law Journal, n. 56, 2004, p. 217-282.

Comparato, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

Convenção Americana de Direitos Humanos. Pacto de São José da Costa Rica, 1969. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Cinco Pensionistas vs. Perú: sentencia de 28 de febrero de 2003 (fondo, reparaciones y costas). San José da Costa Rica, 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>. Acesso em: 17. mai. 2020.

_____. Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. (reparações e custas). Sentença de 26 de maio de 2001. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 17 de junho de 2005. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Caso Comunidad Xákmok Kásek Vs. Paraguay (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). Sentença de 24 de agosto de 2010. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

_____. Caso Albán Cornejo y otros Vs. Ecuador (fundo, reparações e custas). Sentença de 22 de novembro de 2007. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006. São José da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

_____. Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile. Sentença de 8 de março de 2018. São Jose da Costa Rica. Disponível em:< <http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 10 maio 2019.

_____. Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto en el Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Sentencia de 8 de marzo de 2018. San Jose da Costa Rica. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 12 set. 2020.

_____. Relatório Anual de 2018. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso em: 19 maio de 2019.

Organização Das Nações Unidas. Carta da Organização das Nações Unidas, 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Organização Dos Estados Americanos. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1948. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 30 out. 2017.

Parra Vera, Óscar. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. In: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo; Morales Antoniazzi, Mariela; Flores Pantoja, Rogelio. (Coord.). Inclusión, ius commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado Querétaro, 2018. p. 181-234.

Piovesan, Flávia. Proteção dos direitos sociais: desafios do ius commune interamericano. Revista TST, Brasília, v. 77, n. 4, out./dez. 2011, p. 102-139.

_____. Direitos sociais: proteção no sistema internacional e regional interamericano. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n.5, p. 67-80, outubro de 2009.

Proner, Carol. Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do Sistema Americano de Proteção. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

Ramírez, Sergio García. Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Cuestiones Constitucionales - Revista Mexicana de Derecho Constitucional, n. 9, dez./2003, p. 127-157.

Rossi, Julieta; Abramovich, Víctor. La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Revista Estudios Socio-Jurídicos, v. 9, n. 34-53, abr./2007, p. 34-53.

Ruiz-Chiriboga, Oswaldo R. The american convention and the protocol of San Salvador: two intertwined treaties. Netherlands Quarterly of Human Rights, v. 31, n. 2, out./2011, p. 159-186.

Terezo, Cristina Figueiredo. Sistema interamericano de direitos humanos: pela defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. 1 ed. Curitiba: Appris, 2014.

Trindade, Antônio Augusto Cançado. O desafio dos direitos econômicos, sociais e culturais. Fortaleza: FB Editora, 2019.

_____. A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

40. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: UMA ANÁLISE ACERCA DO PROCEDIMENTO DA EPISIOTOMIA SOB O ENFOQUE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*OBSTETRIC VIOLENCE: AN ANALYSIS ABOUT THE EPISIOTOMY PROCEDURE
UNDER THE FOCUS ON THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON IN THE 1988
FEDERAL CONSTITUTION*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-40>

*Lara Ferreira Lorenzoni
Taynna Francisco Miranda*

RESUMO

Os direitos fundamentais da Carta Constitucional de 1988 estão intimamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que representa o mínimo existencial de que o ser humano necessita para sobreviver. À medida em que o direito fundamental de alguém é desrespeitado, viola-se sua dignidade. A violência física é uma afronta ao direito fundamental à saúde, bem como à integridade física e moral, elementos componentes da dignidade. A violência obstétrica é a intervenção não consentida do profissional de saúde sobre o corpo da gestante. A episiotomia (corte da entrada vaginal com uma tesoura ou bisturi) é uma de suas espécies. De acordo com ampla literatura médica, deve ser limitada a casos excepcionais. No entanto, não é o que acontece em número significativo das situações. Dessarte, o presente trabalho objetiva (i) apresentar o que é a episiotomia e as controvérsias médicas que a envolvem; (ii) relacionar a episiotomia com o conceito de violência obstétrica; (iii) analisar a prática da episiotomia no Brasil em termos estatísticos; propor uma leitura jurídica acerca do fenômeno a partir da chave interpretativa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988. Lançou-se mão da pesquisa bibliográfica para a análise dos conhecimentos primários, a partir da aplicação do método dedutivo. O problema que se coloca é: seria a episiotomia um atentado aos direitos e garantias fundamentais da parturiente? A hipótese é a de que, uma vez realizada sem consentimento e sem necessidade, é uma violência, no mínimo, contra o corpo físico da mulher, logo, um ato antijurídico. Palavras-chave: violência obstétrica; episiotomia; dignidade humana.

ABSTRACT

The fundamental rights of the 1988 Constitution are closely linked to the principle of human dignity, which represents the existential minimum the human being needs to survive. When someone's fundamental right is violated, their dignity is violated. Physical violence is an offense to the fundamental right to health, as well as to

physical and moral integrity, which are components of dignity. Obstetric violence is the non-consenting intervention of the health professional on the body of the pregnant woman. Episiotomy (cutting the vaginal opening with scissors or a scalpel) is one of its kinds. According to extensive medical literature, it should be limited to exceptional cases. However, that is not the case in a significant number of situations. Therefore, the present work aims to (i) present what the episiotomy is and the medical controversies involving it; (ii) relate the episiotomy to the concept of obstetric violence; (iii) analyze the practice of episiotomy in Brazil in statistical terms; to propose a legal reading about the phenomenon from the interpretative key of fundamental rights provided by the Brazilian Constitution of 1988. Bibliographic research was used to analyze primary knowledge, based on the application of the deductive method. The problem is: is episiotomy an attack on the fundamental rights and guarantees of the parturient? The hypothesis is that, once performed without consent and without need, it is violence, at least, against the woman's physical body, therefore, an anti-legal act.

Keywords: obstetric violence; episiotomy; human dignity.

1 INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais da Carta Constitucional Brasileira de 1988 estão intimamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, que representa a base axiológica daqueles. A dignidade humana traduz-se no respeito ao próximo, em todos os sentidos e relacionamentos, ou seja, ao mínimo de dignidade de que o ser humano necessita para sobreviver. À medida em que o direito fundamental de um indivíduo é desrespeitado, viola-se a sua dignidade. A violência física é uma afronta ao direito fundamental à saúde, à integridade física e moral, elementos componentes da própria dignidade humana, de modo a configurar-se uma conduta reprovável e inconstitucional que deve ser combatida.

Dentre as violências juridicamente constatáveis, está a violência obstétrica. Intervenção não consentida do profissional de saúde sobre o corpo da gestante, infelizmente, é um fenômeno comumente constatado na prática médica brasileira. A episiotomia é uma de suas espécies. Procedimento altamente invasivo, que consiste no corte da entrada vaginal com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia, de acordo com ampla literatura médica, deve ser limitado a casos excepcionais. Juridicamente, por se tratar, em tese, de uma lesão corporal leve, necessita do consentimento da vítima para afastar a antijuridicidade. No entanto, não é o que acontece em número significativo das situações.

Tomando por base estas questões, o presente trabalho tem como objetivos: (i) apresentar o que é a episiotomia e as controvérsias médicas que a envolvem; (ii) relacionar a episiotomia com o conceito de violência obstétrica; (iii) analisar a prática da episiotomia no Brasil em termos estatísticos; propor uma leitura jurídica acerca do fenômeno a partir da chave interpretativa dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988.

Como metodologia de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica como fonte de conceitos essenciais para a construção de um conhecimento capaz de promover uma análise crítica acerca do tema proposto. Assim, buscaram-se fontes secundárias, especialmente publicações, como livros, estudos acadêmicos e artigos que abarquem a questão. Para tanto, será utilizado o método dedutivo, o qual “[...] tem o propósito de explicar o conteúdo das premissas [...] os argumentos dedutivos ou estão corretos ou incorretos [...]”¹. Na metodologia adotada, extrai-se uma conclusão lógica a partir de uma premissa menor e de uma premissa maior. Ou seja, utiliza-se a dedução a fim de se chegar a uma conclusão por meio de premissas.

Dessa feita, o problema que se coloca é: no contexto do Estado Democrático de Direito abarcado pela Lei Maior de 1988, seria a episiotomia um atentado aos direitos e garantias fundamentais da parturiente? Se sim, em que termos? Parte-se da hipótese segundo a qual, uma vez realizada sem o consentimento e sem a necessidade (adequação clínica devida), é uma violência, no mínimo, contra o corpo físico da mulher, logo, algo juridicamente tratável.

Ainda que inexistia lei federal específica sobre o assunto, a Constituição prevê a dignidade humana como um dos valores fundadores do Estado Democrático de Direito brasileiro. No mais, o Código Penal Brasileiro em vigor ostenta a figura típica de lesão corporal, o que denota que a integridade física é bem jurídico amplamente tutelado pelo ordenamento pátrio.

2 ORIGEM DA EPISIOTOMIA E CONTROVÉRSIAS MÉDICAS

Antigamente, o parto, tratado como ato natural, sem intervenções médicas, era

¹ LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade Marconi. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas 2003, p. 74.

realizado por parteiras. Essas profissionais detinham o conhecimento sobre os costumes, técnicas e saberes que auxiliavam as mulheres a darem à luz. No final do século XIX, surgem os obstetras e suas intervenções - o parto deixa de ser realizado em um ambiente familiar e passa para os hospitais, nas chamadas maternidades².

A partir dessa evolução, a parturiente deposita toda a sua confiança nas mãos dessas instituições e dos profissionais da saúde. Longe do aconchego de sua casa, relega-se a tradição em nome da ciência. Entre as técnicas incorporadas à assistência à saúde da mulher durante esse período está a episiotomia. Sob a alegação de que traria benefícios para o binômio mãe-filho, esse procedimento foi introduzido empiricamente na obstetrícia por Ould, em 1742³.

Desde então, com base na proteção à parturiente e ao bebê - o que, em tese, inclui a prevenção do trauma perineal severo e dos danos do assoalho pélvico, visando a evitar prolapsos genitais e incontinência urinária futuros -, esse modelo vem sendo adotado e doutrinado pela obstetrícia brasileira⁴.

Entre 1915 e 1925, a episiotomia era usada de modo profilático, como justificativa para evitar traumas perineais e prevenir a morbimortalidade infantil e problemas ginecológicos, tais como retoccele, cistocele e relaxamento da musculatura pélvica⁵. Apesar de a literatura relatar esses motivos, quando posto em perspectiva o risco-benefício da episiotomia de rotina (isto é, aquela realizada sem a devida necessidade, usada acima do recomendado pela Organização Mundial da Saúde), não existe um consenso na comunidade científica quanto à sua aplicação. Não obstante, alguns dados indicam que essa abordagem oferece mais riscos do que benefícios à parturiente⁶.

Em meados da década de 1980, surgiram novas pesquisas sobre episiotomia

² OLIVEIRA, A. L. D, et al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. **Revista da ESMAM**. São Luís, v. 12, n. 14, jul/dez 2018, p.288.

³ REZENDE e MONTENEGRO, 1995 APUD SANTOS, Jaqueline de Oliveira. **Episiotomia: um sofrimento necessário?**. 2004. 233 p. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Ciências Médicas, Campinas, São Paulo, p. 53.

⁴ ECKER APUD,1997 APUD MATTAR, R.; AQUINO, M. M .A. D.; MESQUITA, M. R. D. S. A prática da episiotomia no Brasil. **Ver. Bras. Ginecol. Obstet.**, p. 29(1):1-2, 2007, p. 1.

⁵ GRAHAM, Ian D. Episiotomy: challenging obstetric interventions. London: Blackwell Science; 1997. **The American crusade for prophylactic episiotomy**; chap. 3, p. 35.

⁶ VIANA, I.O, et al. Episiotomia e suas complicações: revisão da literatura. **Rev. Med. Minas Gerais**. Belo Horizonte, p. 43-6, 2011, p. 43.

e ensaios clínicos que começaram a questionar a eficácia e a necessidade da episiotomia de rotina, pois sua prática corriqueira não apresentava suporte científico⁷. Começou-se a perguntar por que muitas instituições hospitalares não consideravam o parto sem a episiotomia. Indagou-se, outrossim, no tocante às orientações fornecidas às gestantes, por que eram apenas centradas no procedimento, não havendo quaisquer esclarecimentos a respeito dos prós e dos contras envolvidos, cuidados pós-cirúrgicos, nem mesmo quanto à possibilidade de se negar a permissão de tal interferência corporal⁸.

Em pesquisa realizada em 2018 por meio de entrevistas a obstetras, KÄMPF e DIAS⁹ destacam que os obstetras abordados afirmam que:

[...] o uso intenso e rotineiro da episiotomia durante a maioria dos partos no Brasil pode significar falta de conhecimento teórico e prático sobre a fisiologia do períneo e do período expulsivo do parto e pode ser considerado como consequência – ainda que não exclusiva – da formação médica, que em geral entende a gravidez como doença e o parto como necessariamente disfuncional e perigoso e, portanto, dependente de intervenções contínuas.

Hoje, há até mesmo profissionais defendendo que nem a episiotomia seletiva nem a episiotomia de rotina deveriam ser realizadas, pois o momento do parto está mais ligado ao natural, ou seja, às resposta que o corpo da mulher dá como forma de expelir o feto, do que com intervenções cirúrgicas. Nesse sentido,

Especialistas ligados à obstetrícia humanizada apontam artigos científicos que demonstram crescentes evidências de que a episiotomia não deve ser realizada rotineiramente (Amorim, 2014) e dão seus testemunhos pessoais sobre como

⁷ BENTO, Paulo Alexandre de Souza São; SANTOS, Rosangela da Silva. Realização da episiotomia nos dias atuais à luz da produção científica: uma revisão. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**, v. 10, n. 3, p. 10 (3):552-9, dezembro 2006, p. 554.

⁸ PEREIRA, Gislene Valeria; PINTO, Fatima Arthuzo. Episiotomia: uma revisão de literatura. **Ensaios e Ciência: Ciências Biológicas, Agrárias e da Saúde**, v. 15, n. 3, p. 183-196, 2011, p. 188.

⁹ KÄMPF, Cristiane; DIAS, Rafael de Brito. A episiotomia na visão da obstetrícia humanizada: reflexões a partir dos estudos sociais da ciência e tecnologia. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1155-1160, dez. 2018, p. 1157.

conseguiram abandonar, ou mesmo nunca adotar, o procedimento durante a vida profissional¹⁰.

O que fica cada vez mais evidente é que a discussão sobre o uso ou não do procedimento não é meramente uma questão técnica. Atualmente, o tema sofre influências de diversos fatores externos à medicina, tais como de movimentos feministas em saúde, advogados, organizações não governamentais de proteção e defesa dos direitos das mulheres, grupos de gestantes, obstetrizes, enfermeiras obstétricas, doulas, políticos, jornalistas, representantes de hospitais, planos de saúde e entidades da classe médica, dentre outros. Como aduzem Kämpf e Dias, "Esse é, portanto, um exemplo bastante claro de como uma discussão técnica perfaz também uma discussão política, econômica, social e cultural"¹¹.

Ademais, conforme pontuado pela OMS¹², há a possibilidade de a parturiente prevenir uma futura episiotomia preparando o seu períneo durante o pré-natal, utilizando-se de uma posição adequada, em que ela fique ereta e de pé no momento do parto, além de compressas locais quentes, massagem perineal e suporte do períneo para o desprendimento cefálico durante esse momento.

Decerto, a episiotomia é motivo de controvérsias. Até mesmo protocolos com indicações específicas para o procedimento geralmente são divergentes. Com a crescente evolução de pesquisas nessa área, a episiotomia seletiva, individualizada, para casos específicos, cada vez mais parece a conduta médica mais apropriada¹³.

¹⁰ KÄMPF, Cristiane; DIAS, Rafael de Brito. A episiotomia na visão da obstetrícia humanizada: reflexões a partir dos estudos sociais da ciência e tecnologia. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1155-1160, dez. 2018, p. 1158.

¹¹ KÄMPF, Cristiane; DIAS, Rafael de Brito. A episiotomia na visão da obstetrícia humanizada: reflexões a partir dos estudos sociais da ciência e tecnologia. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1155-1160, dez. 2018, p. 1158.

¹² PEREIRA, Gislene Valeria; PINTO, Fatima Arthuzo. Episiotomia: uma revisão de literatura. **Ensaio e Ciência: Ciências Biológicas, Agrárias e da Saúde**, v. 15, n. 3, p. 183-196, 2011, p. 191.

¹³ VIANA, I.O, et.al. Episiotomia e suas complicações: revisão da literatura. **Rev. Med. Minas Gerais**. Belo Horizonte, p. 43-6, 2011, p. 46.

3 A PRÁTICA DA EPISIOTOMIA: VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

De acordo com Hayeck¹⁴, a partir do século XIX, a violência, que sempre fez parte da humanidade, passa a ser compreendida como fenômeno social, despertando assim a preocupação do poder público e dos estudiosos das ciências humanas. A dificuldade em conceituar a violência ocorre por ser um acontecimento “da ordem do vivido”, que resulta em “forte carga emocional” tanto para quem comete, quanto para quem é vítima¹⁵. Para os fins dessa pesquisa, considera-se violência o conceito empregado pela Comunidade Internacional de Direitos Humanos, qual seja: a violação dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais¹⁶.

Sabe-se que a Constituição é o instrumento da democracia. Os direitos humanos das mulheres agora são direitos fundamentais, abarcados na Carta Constitucional Cidadã de 1988. Entretanto, ainda esbarramos em diversos empecilhos que tornam dificultosa a efetivação desses direitos e que afetam negativamente a vida de diversas mulheres. Dentre essas violações contra a mulher, encontra-se a episiotomia, um dos tipos de violência obstétrica.

Violência Obstétrica é um termo criado pelo presidente da Sociedade de Obstetrícia e Ginecologia da Venezuela, Dr. Rogelio Pérez D' Gregorio¹⁷. De acordo com ele, o conceito consiste na

[...] apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu

¹⁴ HAYECK, 2009 apud HACK, G.L, et al. Violência obstétrica: análise à luz dos direitos fundamentais. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 7, p. 48095-48114. julho 2020, p. 48099.

¹⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência: um problema para a saúde dos brasileiros. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros: série B textos básicos de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

¹⁶ KEINERT; ROSA, 2009 APUD ARAÚJO, et al. Violência, saúde e a nova lei sobre os crimes contra a dignidade sexual. In: **Boletim do Instituto de Saúde**. São Paulo, vol. 12 n. 3, p. 1518-1812, 2010, p. 275.

¹⁷ MASCARENHAS, Ana Cristina De Souza Serrano; PEREIRA, Graciele De Rezende Alves. A violência obstétrica frente aos direitos sociais da mulher. **Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos e da Sociedade** – UNIFEG. V.6, N.1, 2017, p. 02.

corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres¹⁸.

Desde os anos 1980, os modelos obstétricos no Brasil começaram a ser questionados. Pesquisadores e especialistas da área da saúde, movimentos sociais pela humanização do parto e movimentos feministas baseados em estudos científicos mobilizaram-se na defesa dos direitos das mulheres. Tornquist e Aguiar¹⁹ ressaltam que foi a partir dos anos 1990 que esse debate adquiriu uma proporção maior, intensificando-se nos anos 2000, quando o tema passou a constituir um campo de investigação formal.

De acordo com Veloso e Serra²⁰, a episiotomia caracteriza por ser um método cirúrgico realizado em partos normais a fim de ampliar a abertura do canal vaginal, "cortando a entrada da vagina com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia". Essa cirurgia deve ser utilizada em casos excepcionais, como para precaver lacerações, problemas ginecológicos, auxiliar na liberação do feto, ou quando o parto ocasionar complicações à futura mamãe e ao bebê²¹.

No Brasil, a episiotomia costuma ser realizada sem o consentimento prévio da paciente, desprovida de qualquer informação adequada sobre sua necessidade, seus riscos e quanto aos tratamentos para evitar complicações. Estudos comprovam que as mulheres que são submetidas a esse método sem a devida observância clínica acabam por enfrentar consequências físicas indesejadas, tais como dor, sangramento vaginal, infecção, deiscência de sutura e hematoma, que podem interferir no processo de amamentação. A longo prazo, podem ocorrer

SENA; TESSER, 2017 APUD PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. **Cad. Pagu, Campinas**, n. 49, p. 1-37 (e174907), 7 dez. 2017, p.5-6.

¹⁹ APUD SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. **Interface** - Comunicação, Saúde, Educação, v. 21, n. 60, p. 209-220, 2017, p. 209.

²⁰ VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibele de Mesquita. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, vol. 2, n. 1, p. 18-37, 2016, p. 22.

²¹ OLIVEIRA et al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. **Revista da ESMAM**. São Luís, v. 12, n. 14, jul/dez 2018, p. 292.

dispareunia, incontinência urinária e fecal e problemas no assoalho pélvico²².

Nesse ponto, oportunos são os relatos de duas mulheres que foram submetidas ao procedimento sem suas respectivas autorizações:

Quando eu ouvi ele pedindo o bisturi, meu Deus, quase morri! Eu pedi para que não fizesse a episio, mas ele me respondeu: 'O seguro morreu de velho. Quem manda aqui sou eu.'

Minha cicatriz ficou maior ainda na minha alma. Me senti violentada, me senti punida, me senti menos feminina, como se por ser mãe, precisasse ser marcada nessa vida de gado. [...] Chorei muito, sentia dor, vergonha da minha perereca com cicatriz, vergonha de estar ligando para isso, sentia medo, medo de não conseguir mais transar. Tenho pavor de cortes, tinha medo de que o corte abrisse quando fosse transar. Demorei uns cinco meses para voltar a transar mais ou menos relaxada, sentia dores, chorava quando começava, parava. Me sentia roubada, me tinham roubado minha sexualidade, minha autoestima, me sentia castrada²³.

A recomendação da OMS para o uso da episiotomia é de 10 a 15% dos partos normais; no Brasil, estima-se que o procedimento seja realizado em 53,5 % deles. No caso de primíparas (primeiro filho), esse índice chega a 74%²⁴.

Diferentemente do que ocorre na Argentina e Venezuela, no Brasil não há legislação específica com relação à problemática. Dessa forma há de ser verificar com bastante cuidado o liame entre a necessidade da episiotomia e o uso rotineiro, que já é classificado como *mutilação dos órgãos genitais femininos*, conforme obstetras do Movimento pela Humanização do Parto e do Nascimento no Brasil

²² ALBERS; BORDES, 2007, ALMEIDA; RIESCO, 2008 e CARROLI; MIGNINI, 2009 APUD FRANCISCO et al. Avaliação e tratamento da dor perineal no pós-parto vaginal. **Acta Paul. Enferm.**, São Paulo, v. 24, n. 1, p. 94-100. 2011, p. 95.

²³ BRASIL. Governo Federal. Parto do Princípio - Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa. **Violência Obstétrica. Parirás Com Dor. Brasil**, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 3 maio 2020, p. 83.

²⁴ VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibebe de Mesquita. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, vol. 2, n. 1, p. 18-37, 2016, p. 28.

(MHPNB)²⁵.

A despeito de tudo isso, existem médicos que insistem na normalização do procedimento, como descrito por Palharini²⁶. Em 2012, chegou-se ao ponto de o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP), na pessoa do conselheiro e coordenador da Câmara Técnica de Ginecologia e Obstetrícia, Krikor Boyaciyan, afirmar que a câmara repudia o termo violência obstétrica. Em texto publicado no Editorial do Jornal do CREMESP²⁷ e citado por Palharini²⁷, com o título "Episiotomia não é violência obstétrica", declarou-se que:

Como princípio, a Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e, nesse intuito, toda a atenção do médico visa o bem-estar dos mesmos. Dessa forma, o termo 'violência' não se aplica ao exercício da Medicina e, portanto, 'violência obstétrica' não configura qualquer ação médica propriamente dita.

Em outro caso, Coríntio Mariani Neto, médico ginecologista e obstetra, membro da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), em entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo, enunciou que a Febrasgo discorda frontalmente da "demonização da episiotomia e do profissional que a realiza", bem como como "não aceita em hipótese alguma que a sua prática adequada possa ser considerada 'violência obstétrica'"²⁸.

Apesar da conservadora resistência entre muitos profissionais, como dito, não há evidência científica sobre a efetividade do procedimento, nem sobre seus benefícios para todo e qualquer caso, razão pela qual pretende-se torná-lo uma técnica restrita e não mais rotineira em obstetrícia²⁹. Dessarte,

²⁵ KÄMPF Cristiane; DIAS, Rafael de Brito. A episiotomia na visão da obstetrícia humanizada: reflexões a partir dos estudos sociais da ciência e tecnologia. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1155-1160, dez. 2018, p. 1159.

²⁶ PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 49, p. 1-37 (e174907), 7 dez. 2017, p. 11.

²⁷ PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 49, p. 1-37 (e174907), 7 dez. 2017, p. 17.

²⁸ PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 49, p. 1-37 (e174907), 7 dez. 2017, p. 19.

²⁹ ZANETTI, Mirian Raquel Diniz et al. Episiotomia: revendo conceitos. **Femina**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 7, p. 367-371, jul. 2009, p. 370.

[...] deve haver uma mudança no olhar reajuste no olhar do profissional, isto é, ter como princípio que o parto normal é um processo fisiológico, devendo existir uma justificativa para interferir no trabalho de parto e nascimento, observando o paradigma não intervencionista. É necessário rever as práticas de atendimento à parturiente, considerando as evidências científicas e condutas individualizadas. Nesse sentido, há necessidade de estimular modelos de atendimentos mais humanizados, respeitando a singularidade de cada parturiente³⁰.

No mais, embora não haja um consenso quanto ao termo violência obstétrica, num Estado Democrático de Direito comprometido com os direitos humanos, não se pode ignorar a realidade das mulheres que, em número significativo, são desrespeitadas em seus direitos de gestante, desde o pré-natal ao pós-parto.

4 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E DIGNIDADE HUMANA

De acordo com Sarlet³¹, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a utilizar no Brasil o termo "direitos fundamentais". A Constituição Federal Brasileira abarca os direitos fundamentais como um conjunto de regras e princípios, tendo como objetivo proteger o ser humano em sua liberdade, necessidade e preservação. Nessa toada,

Os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico³².

Nesse contexto, tem-se presente no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, um dos maiores princípios que norteiam não só a aplicabilidade dos direitos

³⁰ OLIVEIRA, Sonia Maria Junqueira V. de; MIQUILINI, Elaine Cristina. Frequência e critérios para indicar a episiotomia. **Rev. esc. enferm.** USP, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 288-295, set. 2005, p. 294.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. p. 171-213, s/p.

³² MARMELESTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 20.

fundamentais, mas que também serve como termômetro para a interpretação de todo o ordenamento jurídico brasileiro: a dignidade da pessoa humana³³.

Malgrado não exista uma lei em âmbito nacional que trate especificamente da violência obstétrica, atualmente, encontra-se em trâmite, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei 7.633/14, de autoria do ex-deputado Jean Wyllys. Desse modo, "Percebe-se um engajamento em efetivar o direito fundamental de proteção à maternidade disposto na Constituição de 1988"³⁴.

Por fim, insta salientar que a falta de lei específica não obsta que os aplicadores do Direito possam punir a prática, uma vez comprovada a violação de princípios e direitos basilares do Estado Democrático de Direito³⁵. Na legislação penal brasileira, não existe um tipo penal denominado violência obstétrica. Entretanto, alguns dos atos que caracterizam essa prática agressiva e violadora do corpo da gestante já são previstos de maneira genérica no Código Penal Brasileiro como fatos típicos, a exemplo do crime de lesão corporal³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência obstétrica, intervenção não consentida do profissional de saúde sobre o corpo da gestante, é um fenômeno real e empiricamente constatado. A episiotomia é uma de suas manifestações. Procedimento altamente invasivo, que consiste no corte da entrada vaginal com uma tesoura ou bisturi, algumas vezes sem anestesia, de acordo com ampla literatura médica, deve ser limitado a casos excepcionais. Juridicamente, por se tratar, em tese, de uma lesão corporal leve, necessita do consentimento da vítima para afastar a antijuridicidade.

Não obstante, como visto, não é essa a regra na prática médica brasileira –

³³ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 50.

³⁴ HACK, G.L, et al. Violência obstétrica: análise à luz dos direitos fundamentais. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 7, p. 48095-48114. julho 2020, p. 48109

³⁵ VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibebe de Mesquita. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, vol. 2, n. 1, p. 18-37, 2016, p. 34

³⁶ OLIVEIRA et al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. **Revista da ESMAM**. São Luís, v. 12, n. 14, jul/dez 2018, p. 288.

em percentual relevante das situações, as gestantes não são consultadas quanto à sua anuência e, muitas vezes, sequer têm conhecimento da possibilidade de recusa.

Sob uma vertente masculina e eivada de machismo, o parto ainda é visto, por muitos profissionais da saúde, como um fenômeno patológico que necessita de expurgo. Isso acaba por gerar muita dor e sofrimento nas parturientes, ocasionando, em última instância, o atentado à sua integridade corporal, ferindo-lhes em sua dignidade constitucionalmente protegida. Independentemente da espécie jurídica, trata-se, portanto, de uma ilegalidade.

Por fim, num Estado Democrático de Direito, no qual os direitos humanos são o norte principal, é inadmissível que gestantes tenham seus corpos vilipendiados por via de uma prática médica cuja necessidade, senão em todos, pelo menos em grande parte dos casos, é altamente questionada pela própria comunidade acadêmica no âmbito da saúde. É preciso que essa discussão se dê de forma científica, franca e humanitária, de modo a evitar violações aos direitos fundamentais das mulheres gestantes e parturientes, que têm direito a um tratamento humano e, na medida do possível, singularizado.

REFERÊNCIAS

BENTO, Paulo Alexandre de Souza São; SANTOS, Rosangela da Silva. Realização da episiotomia nos dias atuais à luz da produção científica: uma revisão. **Escola Anna Nery Revista de Enfermagem**, v. 10, n. 3, p. 10 (3):552-9, dezembro 2006.

BRASIL. Governo Federal. Parto do Princípio - Mulheres em Rede Pela Maternidade Ativa. **Violência Obstétrica**. Parirás Com Dor. Brasil, 2012. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>. Acesso em: 3 maio 2020.

BRASIL. **Lei de n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 set. 2020.

GRAHAM, Ian D. Episiotomy: challenging obstetric interventions. London: Blackwell Science; 1997. **The American crusade for prophylactic episiotomy**; chap. 3.

HACK, G.L, et al. Violência obstétrica: análise à luz dos direitos fundamentais. **Braz. J. of Develop.**, Curitiba, v. 6, n. 7, p. 48095-48114. julho 2020.

KÄMPF, Cristiane; DIAS, Rafael de Brito. A episiotomia na visão da obstetrícia humanizada: reflexões a partir dos estudos sociais da ciência e tecnologia. **Hist. cienc. saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 4, p. 1155-1160, dez. 2018.

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

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASCARENHAS, Ana Cristina De Souza Serrano; PEREIRA, Graciele De Rezende Alves. A violência obstétrica frente aos direitos sociais da mulher. **Revista Eletrônica de Estudos Jurídicos e da Sociedade – UNIFEG**. V.6, N.1, 2017.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Violência: um problema para a saúde dos brasileiros. In: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Impacto da violência na saúde dos brasileiros: série B textos básicos de saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, A. L. D, et al. Violência obstétrica e a responsabilidade médica: uma análise acerca do uso desnecessário da episiotomia e o posicionamento dos tribunais pátrios. **Revista da ESMAM**. São Luís, v. 12, n. 14, jul/dez 2018.

OLIVEIRA, Sonia Maria Junqueira V. de; MIQUILINI, Elaine Cristina. Frequência e critérios para indicar a episiotomia. **Rev. esc. enferm.** USP, São Paulo, v. 39, n. 3, p. 288-295, set. 2005.

PALHARINI, Luciana Aparecida. Autonomia para quem? O discurso médico hegemônico sobre a violência obstétrica no Brasil. **Cad. Pagu**, Campinas, n. 49, p. 1-37 (e174907), 7 dez. 2017.

PEREIRA, Gislene Valeria; PINTO, Fatima Arthuzo. Episiotomia: uma revisão de literatura. **Ensaio e Ciência: Ciências Biológicas, Agrárias e da Saúde**, v. 15, n. 3, p. 183-196, 2011.

RAMOS, André Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva.
SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: Algumas aproximações. In: **Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça**. p. 171-213.

SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. **Interface - Comunicação, Saúde, Educação**, v. 21, n. 60, p. 209-220, 2017.

VELOSO, Roberto Carvalho; SERRA, Maiane Cibeles de Mesquita. Reflexos da responsabilidade civil e penal nos casos de violência obstétrica. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, Minas Gerais, vol. 2, n. 1, p. 18-37, 2016.

VIANA, I.O, et al. Episiotomia e suas complicações: revisão da literatura. **Rev. Med. Minas Gerais**. Belo Horizonte, p. 43-6, 2011.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho; URIBE, Magaly Calderón; NADAL, Ana Hertzog Ramos de; HABIGZANG, Luísa Fernanda. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. **Psicol. Soc.**, Belo Horizonte, v. 29, p. 1-11 (e155043), jul. 2017.

ZANETTI, Mirian Raquel Diniz et al. Episiotomia: revendo conceitos. **Femina**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 7, p. 367-371, jul. 2009.

41. IMPACTO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO DESENVOLVIMENTO E NA (DES)IGUALDADE: UM OLHAR A PARTIR DA ISONOMIA CIDADÃ

THE IMPACT OF CONTINUOUS CASH BENEFIT PROGRAM ON DEVELOPMENT AND (IN) EQUALITY: A CITIZEN EQUALITY APPROACH



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-41>

*Ianara Maressa Macedo da Rocha*¹

*Sant Clair Pereira de Lima Souza*²

RESUMO

O Benefício da Prestação Continuada (BPC) é um auxílio pecuniário ofertado aos idosos a partir de 65 anos de idade e às pessoas com deficiência. Para ter acesso ao benefício, devem comprovar situação de extrema pobreza. Por sua própria natureza, esse benefício é um dos mais polêmicos no âmbito da Seguridade Social. A discussão gira em torno dos critérios para sua concessão, na busca por um estado democrático justo e igualitário. Nesse contexto, o objetivo deste artigo é analisar tais requisitos sob a ótica do princípio da igualdade e do desenvolvimento humano de forma integral, a partir de um método bibliográfico e documental, analisando-se a Lei nº 8.742/93 e demais diplomas legislativos que disciplinam o BPC em comparação à Constituição Federal de 1988. Com isso, travam-se outras discussões acerca do questionamento do potencial do BPC para promover, efetivamente, a inclusão social dos seus beneficiários ou de relegá-los à margem da sociedade. Para tanto, analisa-se o critério de miserabilidade nos termos da legislação vigente, a necessidade de adequação desse requisito à realidade fática dos candidatos ao BPC e os aspectos desse benefício para a busca da isonomia cidadã.

Palavras-chave: Assistência Social. Princípio da Igualdade. Estado Democrático.

ABSTRACT

The Continuous Cash Benefit Program is a financial aid offered to the elderly from 65 years of age and people with disabilities. In order to have access to the benefit, one must prove a situation of extreme poverty. By its very nature, this benefit is one of the

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) 2019, pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar, mestranda em direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido, bolsista CAPES, Conselheira do CONSEPE/UFERSA. E-mail: maressar25@gmail.com

² Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN) 2019, especialista em Direito Previdenciário pela Damásio Educação (2020), advogada e servidora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN).

most controversial in the scope of Social Security. The main thread of the discussion is about the criteria for its concession, in the search for a fair and egalitarian democratic State. In this context, this article aims to analyze such requirements from the perspective of the principle of equality and Integral human development, from a bibliographic and documentary method, analyzing Law 8.742/93 and other legislative diplomas that regulate the benefit in comparison to the Federal Constitution of 1988. There are other discussions about the questioning of the potential of the benefit to effectively promote the social inclusion of their beneficiaries or to relegate them on the edges of Society. Therefore, the miserability criterion is analyzed under the terms of the current legislation, the need of adapting of this requirement to the factual reality of the candidates for the benefit and the aspects of this benefit to the search of citizen equality.

Keywords: Social Assistance. Equality Principle. Democratic State.

1 INTRODUÇÃO

Em estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a partir da coleta de dados de 2010, aponta que há hoje uma média de 45,6 milhões de brasileiros com alguma deficiência, sendo que grande parte desse grupo são pessoas necessitadas e que precisam do olhar social do Estado.

A Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993, denominada de Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), é o aparato normativo responsável por tratar sobre o Benefício de Prestação Continuada e os critérios para a obtenção desse auxílio. A LOAS é, portanto, um importante mecanismo de distribuição de renda no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Procura-se, nesse sentido, avaliar os aspectos relevantes que permeiam a discussão sobre a concessão desse direito, assim como os elementos negativos que o aflige, utilizando uma metodologia bibliográfica e documental. Buscando assim fundamentar não apenas normativamente, mas também por meio do estudo jurisprudencial, a forma como os critérios são avaliados e aplicados na prática para que ocorra a efetivação dos objetivos e princípios Constitucionais.

2 DEVER DO ESTADO E DIREITO DO CIDADÃO: A ASSISTÊNCIA SOCIAL

A história global, em especial a do ocidente, nos mostra o processo de construção cultural e educacional por qual passaram vários países em meados dos

términos das Grandes Guerras. Estes assumiram a importante postura de valorização social – assim como o Brasil e sua Carta Federativa de 1988 – e possuem a Constituição do México (1917) e a de Weimar (1919) como parâmetros.

Os sistemas de outrora possuíam a orientação de garantir as pensões que decorressem de velhice, acidentes de trabalho e invalidez. Assim, percebe-se que o conceito se voltava tão somente para a previdência social, deixando de lado tanto a saúde como a assistência social. No caso específico do Brasil, em que pese alguns traços normativos discretos anteriores, as questões à respeito desse assunto só vieram a serem tratadas efetivamente com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Com o término da Segunda Grande Guerra, os anseios atinentes à segurança social³, principalmente no que diz respeito ao desemprego, acabaram por se projetar na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a qual abordou pioneiramente no âmbito das relações internacionais, a inclusão dos direitos sociais na matéria dos direitos humanos, apontando-se o primeiro como o da seguridade social. Assim vislumbramos:

Artigo 22° Toda a pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social; e pode legitimamente exigir a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis, graças ao esforço nacional e à cooperação internacional, de harmonia com a organização e os recursos de cada país. [...]

Artigo 25° 1. Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade⁴.

³ Cabe ressaltar ainda que, apenas em 1935 é que a expressão “segurança social” passou a ser oficialmente utilizada nos textos normativos, com mérito da América do Norte quanto a esse assunto. Neste sentido, a expressão passou a ser, pouco a pouco, recorrente ao redor do mundo, destacando-se os usos iniciais da Nova Zelândia (1938) e da Conferência do Atlântico (1941).

⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proferida em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 21 set. de 2020.

Neste sentido, percebemos que a institucionalização dos direitos sociais já era uma tendência ao tempo da Constituição de 1988, sobre a qual não deveria se esquivar até como forma de legitimação do regime democrático dali nascente.

A assistência social é um mecanismo referente à Política da Seguridade Social com a característica não contributiva, isto é, independe de contribuição para que se consiga a sua concessão, fazendo com que todos tenham acesso aos direitos sociais mínimos, fazendo valer o que preconiza os objetivos do art. 203, da Constituição de 1988, quais sejam:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

VI - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei⁵.

Esses objetivos estão para garantir a efetiva integração social e comunitária dos indivíduos que precisam do amparo do Estado, através de uma política ampla e que se concretiza por meio de um conjunto concatenado de ações públicas. Todo esse aparato serve de base para o próprio conceito do Benefício da Prestação Continuada (BPC), presente no art. 20 da Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), a qual conceitua o BPC como sendo "(...) a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida

⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

por sua família”⁶.

Encaixam-se nesse padrão, portanto, além do requisito da idade e da deficiência, os indivíduos que possuam alguma restrição à participação social plena e isonômica, assim como também os que não possam se manter financeiramente e nem esteja inserido em um núcleo familiar que tenha condições para tanto.

Assim, não basta a existência de uma lei que direcione a temática, é necessário, de forma precedente, o estabelecimento dos princípios, os quais são hoje amplamente divulgados como o alicerce, a base, o caminho a ser seguido para encontrar a melhor inquirição a respeito da letra fria da lei.

Nestes termos, os princípios no âmbito da assistência social se encontram prelecionados no art. 4.º, da Lei 8.742/93, quais sejam:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios:

- I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica;
- II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas;
- III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade;
- IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais;
- V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão⁷.

A esses, cabe o empenho e a dedicação do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), ente responsável pela organização e gerenciamento da assistência social pautado nos princípios e diretrizes da lei. Poderão assim alcançar uma estrutura cada vez mais participativa e, conseqüentemente, democrática, onde

⁶ BRASIL. Lei 8.742/1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

⁷ Ibid.

ocorrerá a acomodação da rede pública com a rede privada de projetos, serviços de assistência social e programas.

Dessa forma, ocorrerá a determinação das responsabilidades de cada ente e, nesse sentido, haverá ainda a delimitação de níveis (hierarquização e limitação de competência) para a realização da gestão, de forma a garantir a proteção aos objetivos retro citados, conforme estabelecido nas diretrizes do art. 5º da Lei nº 8.742/93⁸.

3 DO DIREITO SOCIAL EM ESPECÍFICO: O BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC) E OS CRITÉRIOS DE CONCESSÃO

A Constituição Federal de 1988 trouxe, dentre suas inúmeras inovações e propostas, reflexos interessantes no tocante ao direito dos deficientes e dos idosos. No âmbito da Assistência Social, esses dois sujeitos ganharam relevo ao se tornarem detentores da garantia do BPC- benefício no valor de um salário mínimo mensal-, devido quando, comprovadamente, não possuírem meios de prover sua própria manutenção por si, ou por sua família⁹. Trata-se de importante política de transferência de renda com vistas à proteção social, garantindo o mínimo para que seus beneficiários possam manter suas necessidades.

Enquanto benefício integrante da Assistência Social, o BPC é garantido a todos quanto necessitem de auxílio do Estado, sem que haja necessidade de uma contrapartida contributiva. O artigo 203 da Constituição Federal é claro nesse sentido¹⁰. Neste viés, a LOAS e o Decreto nº 6.214/2007 são os responsáveis pela organização, estabelecimento de critérios e requisitos para a concessão do benefício, disciplinando o art. 203, V, da CF/88¹¹.

⁸ Ibid.

⁹ Lei nº 8.742/1993- Dispõe sobre a organização da Assistência Social. Art. 2º, I, e: "a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família".

¹⁰ Art. 203, CF/88: "A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social (...)".

¹¹ Art. 203, V, CF/88- "a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei".

A avaliação do requerimento de BPC analisa as regras dispostas na própria legislação, quais sejam: idade mínima de sessenta e cinco anos no caso do idoso não deficiente; ser pessoa com deficiência (não há critério de idade nesse caso); ter renda familiar mensal inferior a um quarto de salário mínimo; o indivíduo não estar associado a nenhum regime de previdência social e nem estar gozando de benefício algum, com exceção da assistência médica, devendo restar comprovado que o beneficiário e sua família não possuem fonte de renda capaz de suprir seu sustento.

Mas, em que consiste mesmo cada requisito? É preciso fazer considerações a esse respeito, para que se entenda o Benefício de Prestação Continuada e a Assistência Social à que se propõe a Lei nº 8.742/93 como forma de garantir que a interpretação de termos abstratos não prejudique o seu fim.

Ao idoso é estabelecida uma faixa etária mínima, podendo pleitear o benefício a qualquer tempo a partir da aquisição da idade de 65 (sessenta e cinco) anos. Enquanto isso, a pessoa com deficiência (PcD) é aquela que possui impedimento de longo prazo, de natureza física, psíquica, mental, intelectual ou sensorial, os quais possam constituir obstáculo à plena participação na sociedade, em igualdade de condições com as demais pessoas¹². Devendo-se mencionar que impedimento de longo prazo é aquele que perdura pelo tempo mínimo de 2 anos¹³.

Nesses moldes, a PcD possuirá dificuldades para garantir a sua independência pessoal e financeira, ressaltando-se para a questão a súmula 29 da Turma Nacional de Uniformização dos JEFs, segundo a qual a incapacidade não deve ser aferida no plano das atividades mais elementares da pessoa, mas levando-se em consideração sua efetiva capacidade de prover o próprio sustento¹⁴.

No que diz respeito ao terceiro requisito, isto é, família com renda mensal inferior a um 1/4 de salário mínimo, o qual se convencionou chamar critério de miserabilidade, é preciso entender alguns aspectos essenciais, como o da família

¹² Art. 20, §2º, Lei nº 8742/93.

¹³ Súmula nº 48, TNU/CJF: "para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada, o conceito de pessoa com deficiência, que não se confunde necessariamente com situação de incapacidade laborativa, exige a configuração de impedimento de longo prazo com duração mínima de 2 (dois) anos, a ser aferido no caso concreto, desde o início do impedimento até a data prevista para a sua cessação".

¹⁴ Súmula 29, TNU/CJF: "para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento".

incapaz de manter financeiramente o idoso ou deficiente; bem como a renda mensal bruta familiar e o cálculo para fins de concessão do benefício.

A expressão família deve ser entendida a partir do §1º do art. 20 da LOAS, o qual traz um rol bastante considerado a cerca da constituição do núcleo familiar do candidato ao BPC, como o cônjuge, a companheira ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, bem como os irmãos, os filhos e enteados solteiros e o menor tutelado. Sendo essencial, para análise de concessão do benefício, que vivam sob o mesmo teto.

Esta dada família deverá possuir uma renda *per capita* inferior a um quarto do salário mínimo. O cálculo para o aferimento desse quantitativo é feito com a soma da renda bruta de todos que compõem a casa, dividindo esta pelo número de pessoas que integram aquele núcleo familiar. Neste sentido, cabe ressaltar o disposto no art. 19 do Decreto 6.214/2007, o qual exclui desse cálculo o BPC oferecido a idoso que convive na mesma casa de outro que pleiteia benefício idêntico¹⁵.

Com a publicação do Decreto nº 8.805/2016, a inscrição no Cadastro Único de Programas Sociais do Governo Federal tornou-se requisito obrigatório para concessão do benefício.

Neste viés, o candidato ao BPC deverá realizar o requerimento de concessão junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, onde, além da análise de todos os requisitos já trabalhados aqui, terá que ser avaliado por médico mediante perícia e pelo serviço social, conforme disposto na própria LOAS¹⁶.

Vale dizer que o beneficiário do BPC poderá contribuir para a previdência social na qualidade de segurado facultativo, pois a partir da contribuição com a previdência social haverá a possibilidade de uma aposentadoria no futuro além da ampliação dos direitos do sujeito contribuinte como o acesso a outros benefícios, a exemplo da pensão por morte. Contudo, em razão da condição precária dos

¹⁵ Art. 19, Lei nº 8742/93: "O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste Regulamento.

Parágrafo único. O valor do Benefício de Prestação Continuada concedido a idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso VI do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família".

¹⁶ Art. 20, § 6º, Lei nº 8742/93: "A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS".

beneficiários do BPC, a possibilidade da contribuição é dificultada em razão de seu próprio valor, visto que o benefício é de sobrevivência e, no mais das vezes, mal consegue manter o beneficiário. Ademais, um grande contrassenso é o de que aquele que recebe o BPC não pode contribuir como segurado facultativo de baixa renda em razão do critério de ausência de renda própria¹⁷. Nesse caso, a alíquota de recolhimento seria no percentual de 11% ou 20%¹⁸.

Assim, diante da legislação pertinente, entende-se que ser necessitado, economicamente hipossuficiente constitui contingência do BPC. E, neste ponto, muito tem sido debatido a cerca do requisito previsto no art. 20, §3º da Lei nº 8.742/93, que estabelece como parâmetro para aferição da incapacidade econômica familiar a renda mensal *per capita* inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo nacional, conforme mencionado alhures.

O critério de renda bruta mensal se mostra restritivo de direitos, reduzindo o alcance do conteúdo inserido no art. 203, da CF/88. Nesse sentido, Maria Ferreira dos Santos defende a inconstitucionalidade do art. 20, §3º da LOAS, posto que houve discriminação negativa do legislador, presumindo-se que a renda *per capita* superior a $\frac{1}{4}$ do mínimo seria suficiente à manutenção da vida dos que são necessitados¹⁹.

Sobre a possibilidade de flexibilização do critério de miserabilidade, o tema é bastante controverso. Aqui, busca-se perquirir acerca da possibilidade de comprovação da situação de hipossuficiência para fins de recebimento do BPC quando a renda *per capita* familiar for superior a $\frac{1}{4}$ de salário mínimo. Nesse sentido,

¹⁷ [...] **O recebimento de benefício assistencial não impossibilita o recolhimento de contribuições como segurado facultativo. Entretanto, não é possível o recolhimento como segurado facultativo de baixa renda, pois não restaria preenchido um dos requisitos, a ausência de renda própria.** 2. [...] (5000302-07.2016.4.04.7219, SEGUNDA TURMA RECURSAL DE SC, Relator HENRIQUE LUIZ HARTMANN, julgado em 20/06/2018, com grifos acrescidos)

¹⁸ Art. 21, Lei nº 8212/91. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8212cons.htm> Acessado em 21/09/2020.

¹⁹ Não se pode perder de vista que o BPC é aquela parcela de proteção social que se consubstancia em benefício. E a CF quer que esse benefício seja a garantia da manutenção da pessoa com deficiência ou idosa que não tenha ninguém por si. E o fixou em um salário mínimo. O bem-estar social está qualificado e quantificado na CF: qualificado porque se efetiva com a implementação dos direitos sociais; quantificado porque a CF fixou em um salário mínimo a remuneração mínima e o valor dos benefícios previdenciários, demonstrando que ninguém pode ter seu sustento provido com valor inferior. [...] Quantificar o bem-estar social em valor inferior ao salário mínimo é o mesmo que "voltar para trás" em termos de direitos sociais. A ordem jurídica constitucional e infraconstitucional não pode "voltar para trás" em termos de direitos fundamentais, sob pena de ofensa ao princípio do não retrocesso social [...]. SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011,, p. 105.

torna-se imprescindível que o intérprete da norma não se afaste da realidade posta, visto que o critério puramente legal pode retirar o direito ao benefício de sujeitos que experimentam a extrema pobreza²⁰.

Ademais, divergências como a exclusão do benefício dos idosos do cálculo da renda mensal do grupo familiar, enquanto à pessoa com deficiência não era dado igual tratamento, demonstraram a necessidade de harmonização dos institutos para que não se privilegie de forma injustificada indivíduos que necessitam, igualmente, de tratamento especial²¹.

Diante das controvérsias aqui apontadas e tendo como plano de fundo o contexto da pandemia da covid-19, o debate acerca da ampliação do requisito de miserabilidade voltou à pauta do legislativo, que demonstrou a intenção de alterar o critério de $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário, conforme já analisado, para $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo, o que, se vier a se concretizar, certamente, alcançará muitas famílias necessitadas, mormente no contexto de declínio do emprego e renda que é vivenciado atualmente.

Ocorre que a Lei nº 13.891, de 24 de março de 2020, propôs alteração à redação do §3º do art. 20, da Lei nº 8742/93, estabelecendo como incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{2}$ (meio) salário mínimo. Em sede de liminar, na ADPF 662, ajuizada pela Advocacia Geral da União (AGU), o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a eficácia da alteração da LOAS. No exame, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que houve violação do art. 195, § 5º da Constituição Federal, pois a ampliação do benefício não demonstrou a respectiva fonte de custeio.

²⁰ De fato, ainda que o legislador frequentemente utilize-se de parâmetros objetivos para a fixação de direitos, a restrição financeira pode e deve ser ponderada com características do caso concreto, sob pena de condenar-se à morte o necessitado. Ainda que a extensão do benefício somente possa ser feita por lei, não deve o intérprete omitir-se a realidade social. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16 ed. Niterói: Impetus, 2011, p.

²¹ A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, estabeleceu os critérios para que o benefício mensal de um salário mínimo seja concedido aos portadores de deficiência e aos idosos que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família. (...) Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. [RE 567.985, rel. p/ o ac. min. Gilmar Mendes, j. 18-4-2013, P, DJE de 3-10-2013, Tema 27.] ADI 1.232, rel. p/ o ac. min. Nelson Jobim, j. 27-8-1998, P, DJ de 1º-6-2001

Diante das discussões em torno do orçamento para custeio da ampliação do BPC, sobreveio a Lei nº 13.982/20, que mantém o critério de renda per capita²² inferior a um quarto do salário mínimo até 31 de dezembro de 2020 e, ainda, estabeleceu no art. 20, §14 da LOAS que deve ser excluído do cálculo da renda o BPC oferecido à idoso acima de 65 anos e/ou deficiente que convive na mesma casa de outra pessoa que pleiteia o benefício, beneficiando a pessoa com deficiência, visto que a redação anterior já havia a previsão de exclusão do BPC do cálculo de renda no caso dos idosos.

Ademais, a proposta de inclusão do inciso II, § 3º, art. 20 da Lei nº 8.742/93, o qual previa que o novo critério ampliativo para o BPC passaria a valer a partir de janeiro de 2021 foi vetado por questões orçamentárias, contudo tem-se buscado uma nova adequação desse critério, o que se percebe também a partir da redação do novo art. 20-A da LOAS, com redação dada pela Lei nº 13.892/2020, trazendo a possibilidade de ampliação do critério de renda familiar a depender do grau de deficiência, da dependência de terceiros para o desempenho de atividades básicas da vida, das circunstâncias ambientais, fatores socioeconômicos e familiares, bem como do comprometimento do orçamento do núcleo familiar com despesas com saúde, os quais não são disponibilizados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) ou pelo SUAS.

Essas alterações corroboram com a discussão de vários estudos dedicados à igualdade ao longo do tempo. De início, pode-se ressaltar uma classificação fundamental, a qual divide a igualdade entre igualdade formal e substancial.

Enquanto a igualdade formal é o direito que toda pessoa tem de não se ver normativamente desigualada, salvo os casos definidos ou não vedados pelo Ordenamento Jurídico, a igualdade substancial procura se estabelecer de forma mais extensiva. Ela trata da igualdade não apenas dada pela lei, mas da igualdade efetiva entre os homens, a real²³, mesmo que se baste em um ideal, como nas ideias de Rousseau²⁴. Isso nos remonta à ideia aristotélica de igualdade, bastante conhecida

²² O cálculo para o aferimento desse quantitativo é feito com a soma da renda bruta de todos que compõem a casa, dividindo esta pelo número de pessoas que integram aquele núcleo familiar.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

²⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

no discurso de Rui Barbosa, o qual nos diz que a regra da igualdade se traduz no tratamento desigual aos indivíduos, na medida da desigualdade de cada um²⁵.

O pensamento do filósofo grego Aristóteles, ratificado pelo jurista brasileiro, acaba por trazer à baila não a discriminação quando se refere aos desiguais, mas, sobretudo destaca a necessidade de reconhecê-las como inerentes à sociedade humana sem descartar a possibilidade de soluções sociológicas e jurídicas para tanto. Ou seja, quando há o reconhecimento de que dado preconceito ou problema de desigualdade existe é que se torna possível a utilização de medidas para a sua minoração.

Assim, percebe-se que as condutas dos operadores do direito devem atuar de forma paritária, com vistas na minimização dos elementos de desigualdade até que futuramente não haja a necessidade de criar ou manter dispositivos legais, uma vez que a conduta já foi assimilada socialmente. Dessa forma, enquanto não ocorrer tal evolução, é claro que a lei deve permanecer para que a busca pela efetivação da igualdade continue²⁶.

Em concordância, Bandeira de Mello alerta para a necessidade de quatro elementos a serem observados pela norma para que ela seja compatível com a isonomia, quais sejam: a desequiparação não pode atingir apenas um indivíduo; as pessoas ou situações desequiparadas devem ser de fato diferentes entre si; a correlação entre essas diferenças de fato e do direito especificadas à essas pessoas ou situações devem encontrar-se no plano abstrato também; e, por último, que essa correlação atenda efetivamente aos preceitos protegidos na Constituição²⁷.

Com isso, o referido autor nos diz que há igualdade entre vários, mas o que se deve é almejar sempre a adequação da situação de quem se encontra em desigualdade, seja por meio de atitudes mediatas ou imediatas.

²⁵ A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

²⁶ GONZAGA, Álvaro de A. **O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?**. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 41.

4 ANÁLISE DO IMPACTO NO DESENVOLVIMENTO E NA (DES)IGUALDADE PRODUZIDO PELO BPC

No que diz respeito ao desenvolvimento humano no contexto social, temos que os processos de desenvolvimento pessoal no sentido psicológico/mental ocorrem a partir da internalização de aprendizados do contexto social²⁸. Nesse sentido, Vygotsky ensina que o desenvolvimento humano ocorre de dentro para fora, do plano social para o individual e, à medida que se desenvolve o indivíduo é cada vez mais influenciado pelas leis da experiência e da lógica propriamente dita²⁹.

As interações sociais repercutem de forma importante no desenvolvimento do sujeito, pois é por meio das interações entre os sujeitos sociais que o indivíduo internaliza a cultura estabelecida de funcionamento psicológico³⁰. Desse modo, a intervenção educativa é de fundamental importância no desenvolvimento do sujeito, pois as metas culturalmente desenvolvidas são repassadas a partir dos membros mais maduros, constituindo os parâmetros para a construção do homem dentro da sociedade³¹.

De acordo com Marx e Engels, a linguagem surge a partir da necessidade da interação entre os homens, sendo a consciência um produto social, a qual é, primeiramente, consciência do meio sensível mais imediato, puramente animal e a consciência da necessidade de vínculo com as outras pessoas e coisas externas ao indivíduo que se torna consciente de que o homem vive em sociedade³².

Barroco nos traz a ideia de homem cultural como sendo aquele que, a partir da vivência com os demais integrantes do grupo social, apropria-se e cria formas mediatas de estar nele, apreendê-lo e transformá-lo, valendo-se da linguagem e desenvolvendo o pensamento verbal. Desse modo, o comportamento é regulado,

²⁸ ACCORSI, Maria Isabel; BISOL, Claudia Alquati. Contribuições de Vygotsky para a educação de pessoas com deficiência: breve estudo teórico. In: SOARES, Eliana Maria do Sacramento. **Refletindo sobre educação: contribuições da história da educação, tecnologia e linguagem**. Vol. 7, Caxias do Sul: Educs, 2016. pág. 76.

²⁹ VYGOTSKY, Lev Semenovich. **Pensamento e Linguagem**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores, 1896-1934, sem paginação.

³⁰ ACCORSI e BISOL. 2016, pág. 75

³¹ OLIVEIRA, Marta Kohl de. **Vygotsky: aprendizagem e desenvolvimento um processo sóciohistórico**. 2. ed. São Paulo: Scipione, 1995.p.59.

³² MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia Alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007. 2007, p.35

possibilitando o desenvolvimento de funções elementares do homem, tais como sensação e percepção, que direcionam o modo de viver em sociedade³³.

No mundo capitalista, ficam evidentes as disparidades culturais existentes entre os indivíduos que pertencem a classes sociais diferentes. No contexto da pessoa com deficiência, essas diferenças se tornam ainda mais profundas, pois a cultura é direcionada aos indivíduos que são biologicamente bem formados³⁴.

Desse modo, surge um ciclo vicioso no qual a sociedade não acredita na capacidade de aprendizagem das pessoas com deficiência e, em consequência, não são ofertadas condições para que possam transpor suas dificuldades, e acabam ficando condenadas aos limites intelectuais decorrentes da deficiência, tomados como fatos consumados e independentes das condições educacionais a que os sujeitos estão expostos³⁵.

A pessoa com deficiência deve ser percebida como igual diante da sociedade, na medida em que é titular de direitos e deveres como os demais cidadãos, devendo ser oferecidos meios para que possa desenvolver-se diante da necessidade especial, encontrando formas de compensação social³⁶, com vistas à isonomia substancial, para que a deficiência não impossibilite o indivíduo de conquistar sua autonomia dentro da sociedade.

Diante da análise do desenvolvimento humano a partir de suas interações sociais e sabendo dos desafios enfrentados pela pessoa com deficiência para que possa desenvolver-se plenamente e ter participação ativa na sociedade da qual faz parte, questiona-se o papel do BPC nesse contexto. Será que esse benefício tem o potencial de impulsionar o desenvolvimento dos seus beneficiários?

Dados do Governo Federal³⁷ mostram que cerca de 4,8 milhões de pessoas são beneficiadas com o BPC atualmente, entre idosos e pessoas com deficiência. No ano de 2020, no período de janeiro a agosto foi distribuído por meio do BPC o

³³ Barroco, 2007, p. 245.

³⁴ ACCORSI; BISOL, 2016, p. 79.

³⁵ NUERNBERG, Adriano Henrique. **Contribuições de Vigostki para a Educação de Pessoas com Deficiência Visual**. Psicologia em Estudo, Maringá, v. 13, n. 2, p.307-316, abr/jun. 2008.

³⁶ VYGOTSKY, Lev Semenovich. **Pensamento e Linguagem**. Edição eletrônica: Ed Ridendo Castigat Mores, 1896-1934, sem paginação.

³⁷ Dados disponíveis em <<http://www.portaltransparencia.gov.br/beneficios>>. Acessado em 21/09/2020.

montante de R\$ 33,8 bilhões de reais, o que representa um expressivo indicativo de distribuição de renda, especialmente porque o BPC aqui analisado é de grande importância diante da desigualdade social que condena milhões de brasileiros a viverem na extrema pobreza. Contudo, percebe-se que esse benefício não possibilita, isoladamente, a real integração de seus beneficiários à sociedade³⁸, posto que a situação de pobreza, para além da ausência de renda, abrange ainda necessidades de natureza moral e intelectual³⁹.

O acesso à cultura humana é o que possibilita ao indivíduo desenvolver seus potenciais, ampliando as possibilidades de autonomia e participação ativa da sociedade. Nesse sentido, torna-se vital que os parâmetros para concessão do BPC sejam rediscutidos, especialmente no âmbito da pessoa com deficiência, a fim de que integrem ações voltadas ao fomento da formação cultural, com qualificação com vistas ao mercado de trabalho, possibilitando que os sujeitos beneficiários possam ser impulsionados e não somente sobrevivam, relegados à margem da sociedade diante das condições tão restritivas impostas pela legislação que regulamenta o BPC.

CONCLUSÃO

O estudo buscou entender o quadro das pessoas deficientes e idosas que necessitam de amparo social do Estado e os mecanismos que o mesmo utiliza para alcançar. A Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), de nº 8.742/1993 busca exatamente estabelecer os critérios para que esse apoio seja efetivado, funcionando como um distribuidor de renda dentro do nosso país.

Assim, a análise da LOAS se deu ainda sob a luz do princípio de igualdade aristotélico, no qual o filósofo grego, ratificado pelo jurista Rui Barbosa, defende o reconhecimento das desigualdades para que os desiguais possuam o tratamento

³⁸ ASSUMPÇÃO, Samara da Silva Freire. **Benefício de prestação continuada: uma estratégia para autonomia?** Dissertação de Mestrado. Programa de Mestrado em Saúde Pública, Escola Nacional de Saúde Pública Sérgio Arouca, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2004, p. 68.

³⁹ FREITAS, Raquel Sabará de. **A conformação do BPC: dos fundamentos históricos até o SUAS.** Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Sociais Aplicadas, Belém, 2010, p.68.

específico, à medida de sua desigualdade, enquanto os iguais permanecem nesse estado, alcançando assim o equilíbrio social.

Procurou-se, nesse sentido, avaliar os aspectos relevantes que permeiam a discussão sobre a concessão desse direito, assim como os elementos negativos que o aflige, utilizando uma metodologia bibliográfica e documental. Buscando assim fundamentar não apenas normativamente, mas também por meio do estudo jurisprudencial, que os critérios a serem aplicados acabam por impor limites aos direitos sociais garantidos constitucionalmente, como forma de equilibrar a balança estatal entre a economia e o seu dever de garantir o bem estar social.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5. ed. – Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Lei 8.742/1993. Lei Orgânica da Assistência Social. Brasília, DF: Senado Federal: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8742compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DEFICIENTE CIENTE. **Censo IBGE: 46% das pessoas com deficiência recebem até 1 salário mínimo**. Notícia publicada em 02 de julho de 2012. Disponível em <<http://www.deficienteciente.com.br/censo-ibge-46-das-pessoas-com-deficiencia-recebem-ate-1-salario.html>>. Acesso em: 20 de outubro de 2016.

GONZAGA, Álvaro de A. **O Princípio da Igualdade: é juridicamente possível no ordenamento jurídico existirem leis discriminatórias?**. Scientia FAER, Olímpia - SP, Ano 1, Volume 1, 2º Semestre. 2009

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proferida em 10 de dezembro de 1948. Disponível em <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em 21 set. de 2020.

42. PARCERIAS PRIVADAS EM SISTEMAS DE SAÚDE – CONTRATAÇÕES QUE PODERIAM REFLETIR EM MAIOR AGILIDADE NO ATENDIMENTO DA POPULAÇÃO E NUMA POSSÍVEL REDUÇÃO DA JUDICIALIZAÇÃO EXCESSIVA

PRIVATE PARTNERSHIPS IN HEALTH SYSTEMS – CONTRACTS THAT COULD REFLECT MORE AGILITY IN THE SERVICE OF THE POPULATION AND IN A POSSIBLE REDUCTION OF EXCESSIVE JUDICIALIZATION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-42>

Guilherme Yanik Serpa Sá¹

Larissa Tais Leite Silva²

Resumo

O excesso de ações judiciais relativos aos temas de saúde merece atenção e busca por alternativas para minimizar o problema de engessamento do orçamento público, e da morosidade do Poder Judiciário. Uma possibilidade seria a implementação de políticas públicas, através do incremento das parcerias privadas em serviços de saúde, com a finalidade de facilitar a obtenção de serviços e tecnologias, sempre mais ágeis quando se trata de contratações privadas. As parcerias privadas podem trazer grande evolução no atendimento de saúde da população brasileira, pois as inovações nessa área são diárias, e nem sempre o Poder Público consegue acompanhar a evolução tecnológica com a mesma rapidez que o privado. Quando se trata de uma área sensível e emergencial como a Saúde Pública, é necessário obter meios de garantir maior agilidade na prestação de serviços e a garantia do atendimento da população. E uma das formas encontradas é através das parcerias com prestadores privados, o que poderia inclusive reduzir a judicialização de ações em matéria de saúde, afinal, boa parte da demanda se refere a requerimentos de antecipação de serviços emergenciais, em razão da longa fila de espera, ou de fornecimento de novas tecnologias, ainda não disponíveis no sistema público. Tais demandas poderiam ser atendidas com maior agilidade e eficiência em caso de boas contratações com parceiros privados, sempre com vistas a oferecer maior flexibilidade e eficiência aos serviços de saúde.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Parcerias Privadas. *Health. Judicialization. Private Partnerships.*

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Positivo; Advogado; contato@serpasa.adv.br

² Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Positivo, Procuradora Federal; larissatais.ls@gmail.com.

Abstract

The excess of lawsuits related to health issues deserves attention and search for alternatives to minimize the problem of plastering the public budget, and the slowness of the Judiciary. One possibility would be the implementation of public policies, through the increase of private partnerships in health services, with the purpose of facilitating the obtaining of services and technologies, always more agile when it comes to private contracts. Private partnerships can bring great evolution in health care for the Brazilian population, as innovations in this area are daily, and the Government is not always able to follow technological developments as quickly as the private sector. When it comes to a sensitive and emergency area such as Public Health, it is necessary to obtain means of ensuring greater agility in the provision of services and the guarantee of serving the population. And one of the ways found is through partnerships with private providers, which could even reduce the judicialization of health actions, after all, a good part of the demand refers to requirements for anticipating emergency services, due to the long waiting list, or the provision of new technologies, not yet available in the public system. Such demands could be met with greater agility and efficiency in the case of good contracts with private partners, always with a view to offering greater flexibility and efficiency to health services.

Introdução

Partindo do conceito amplo adotado pela Constituição da Organização Mundial da Saúde, na qual *"A saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade"*, a legislação pátria busca atingir toda a população brasileira e garantir igualitário e suficiente atendimento médico. Contudo, nem sempre tal efetividade se apresenta na prática, com diversas falhas no fornecimento de serviços e medicamentos, o que reflete a crescente e infindável demanda judicial na área da Saúde.

Diversas alternativas têm sido buscadas para minimizar tal quadro, e garantir maior agilidade no atendimento à população. Uma delas foi a previsão legislativa para a contratação de parceiros privados na área da saúde. Embora já prevista em texto constitucional, a regulamentação legal apenas teve sua constitucionalidade confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2015, de modo que as parcerias privadas ainda se mostram uma realidade recente no cenário nacional, mas com potencial de oferecer grande eficiência na prestação de serviços de saúde, desde que corretamente utilizadas pelos gestores.

O dever estatal não se baseia apenas em prestar serviço universal, integral e gratuito aos brasileiros, mas também em garantir que as funções voltadas à organização e ao funcionamento do sistema público de saúde sejam alcançadas por meio de formulação e aplicação das políticas públicas.

E, dentre tantas obrigações advindas da área de Saúde, uma das mais importantes deve ser a agilidade no atendimento da população, eis que de nada adianta a previsão de fornecimento de serviços ou medicamentos, mas não existirem meios adequados para seu atendimento em prazo hábil. Situações em que a demora excessiva prejudica o cidadão geram ações judiciais, que apenas refletem em piora nos serviços públicos, afinal obrigam o gestor a realizar gastos por determinação judicial, sem um prévio planejamento orçamentário. A necessidade de se buscar alternativas para a excessiva judicialização em matéria de saúde deve ter início em instrumentos já existentes na legislação nacional, como as parcerias privadas.

Parcerias privadas em Saúde – constitucionalidade reconhecida em ADI julgada em 2015

O Direito à saúde é tratado no art. 6º da Constituição Federal, no capítulo de direitos sociais, e recebeu uma seção própria (Seção II – Da Saúde), em razão de sua importância constitucional. Apesar de todo o detalhamento e relevância que lhes são atribuídos, as ações e serviços de saúde não são privativos do Estado. São livres à iniciativa privada, que pode explorá-los economicamente, com a intenção de obtenção de lucro.

Quando prestados pela iniciativa privada, os serviços de saúde não são passíveis de outorga de concessão ou permissão. São atividades privadas, prestadas no exercício de sua livre-iniciativa, e não como instrumento de atuação do Estado.

Como forma de garantir o direito à saúde, há a previsão constitucional (art. 199) para que a iniciativa privada possa participar de forma complementar ao sistema único, observando os princípios e diretrizes deste, através de contratos ou convênios.

Para participarem de forma complementar ao SUS, as entidades privadas atuarão mediante contrato de direito público ou convênio, nos termos do art. 199, §1º da Constituição Federal. Nessas situações (facultativas), o Poder Público deverá remunerar o prestador privado com recursos públicos.

Embora a previsão de prestação de serviços por particulares já constasse nos artigos 197 e 199, §1º da Carta Magna, a constitucionalidade de parcerias privadas no setor de saúde foi objeto de grandes discussões doutrinárias e judiciais. Foi apenas em 2015 que, após importante decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida na ADI 1923³, houve a consolidação do modelo de parcerias privadas para a prestação de serviços de saúde no país.

Na referida Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionava-se a Lei das Organizações Sociais (Lei nº 9637/98), que instituiu parcerias com o terceiro setor nas áreas sociais, como educação e saúde. A decisão, por maioria dos ministros da Corte, consignou que os serviços de saúde não devem ser prestados exclusivamente pelo Estado. Ao contrário, o texto constitucional também atribui aos particulares a colaboração para prestação de serviços, sempre sujeitos à fiscalização e controle estatais.

O voto do Ministro Fux enfatizou que as Organizações Sociais já exerciam direito próprio ao atuar no campo da saúde. O que a lei previu foi uma atividade de fomento, para incentivar os particulares a aumentarem sua participação, cabendo aos agentes políticos eleitos definirem os limites e necessidade de atuação do Estado.

Tais previsões guardam respeito aos dispositivos constitucionais, razão pela qual a ADI foi julgada parcialmente procedente, apenas para dar interpretação conforme a Constituição, para determinar que o procedimento de licitação e contrato de gestão observem os princípios constitucionais e administrativos, sempre passíveis de controle pela Controladoria Geral da União e Ministério Público.

Com efeito, a prestação de serviços de saúde por entidades privadas é bastante comum em outros países, e se mostra exitosa. Não se trata de tornar o

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux. *Diário de Justiça da União*, 17 dez. 2015.

serviço público em particular, mas de uma parceria com a sociedade civil, para garantir mais opções aos cidadãos e trazer melhorias a este setor tão sensível e urgente, que é da saúde pública. O consensualismo e aderência às regras públicas trouxeram experiências animadoras em países como Alemanha, Canadá, França e Portugal.

No sistema bismarckiano, originário da Alemanha, os prestadores de saúde podem ser de natureza privada ou pública, mas sempre regulados pelo Estado. Conforme explica Fernando Mânica⁴,

“(...) o que faz do sistema bismarckiano um sistema estatal de saúde não é a natureza jurídica dos prestadores envolvidos, mas a garantia estatal de que todas as pessoas tenham seu direito respeitado, por meio de atendimento prestado via seguro de saúde.”

Também no sistema Beveridgeano convivem prestadores de serviços públicos e privados, embora nesse modelo de origem inglês, a garantia de saúde seja obrigação do próprio Estado, custeada mediante pagamento de impostos, tal como ocorre no Brasil.

Nota-se, portanto, que o modelo implementado pelo Estado para a prestação de serviços de saúde não perde suas características em razão da natureza jurídica do prestador, se servidores públicos ou profissionais do setor privado. Os exemplos estrangeiros comprovam que é possível garantir a boa qualidade dos serviços de saúde mediante a contratação de prestadores privados, devendo, apenas, ser garantido o controle e regulamentação pelo Estado.

Portanto, as parcerias podem, e devem, ser realizadas com o terceiro setor, pois os serviços públicos de saúde não possuem a exclusividade estatal para a sua prestação.

A participação privada pode ocorrer por meio de contratos de direito público, ou por meio de convênios. Existem, ainda, outras modalidades garantidas por lei, tal como a Lei 9.637/98, que prevê a existência de Contratos de Gestão, a Lei 9.790/99,

⁴ MANICA, Fernando. Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios. 1.ed. Belo Horizonte: Forum, 2017, fl. 28

que estabelece os Contratos de Parceria, bem como a Lei 13.019/14 a qual estabelece os Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação.

É possível, ainda, a utilização de recursos públicos para incorporação de novas tecnologias, aquisição de equipamentos e construção de novas estruturas instrumentais voltados a prestação de serviços de saúde, devendo estar previstos no Plano de Trabalho ou Programa de Trabalho, realizado com a entidade privada, o qual deve observar a Lei 13.019/14, especialmente o art. 22, descrevendo a realidade que será objeto da parceria, as metas a serem atingidas, a previsão de receitas e despesas, a forma de execução, e a definição de parâmetros.

Acerca do assunto, analisaram Fernando Borges Manica e Clarissa Bueno Wandscheer⁵:

Percebe-se, nesse contexto normativo, tanto do ponto de vista da legislação orçamentária quanto da legislação específica de cada modalidade de parceria com o terceiro setor na área da saúde (convênios em sentido amplo), que não apenas é possível, mas necessária, em muitos casos, a aplicação de recursos públicos repassados pelo Estado na aquisição de equipamentos que permitam a incorporação de novas tecnologias no tratamento prestado pelo SUS por meio de entidades do terceiro setor. Não se trata, obviamente, de avenças que tenham como objeto a compra de equipamentos, mas que prevejam, para a efetiva prestação de serviços assistenciais à população, o uso de recursos públicos para sua obtenção em prol da melhoria e da ampliação dos serviços disponibilizados pelo SUS.

Essa possibilidade de incorporação de novas tecnologias a partir dos convênios é bastante importante na prestação de serviços de saúde, pois agiliza o fornecimento de novas opções de tratamento ao cidadão, em área tão sensível e urgente.

⁵ MÂNICA F. B., Wandscheer, C. B. "Saúde e desenvolvimento humano: parcerias com o terceiro setor e incorporação de novas tecnologias ao SUS". Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 23 – n.2, 2018. Itajaí/SC, UNIVALI, fl. 703-724.

E, exatamente por tratar de temas essenciais e, muitas vezes, emergenciais, o acesso à saúde tem sido objeto de uma grande demanda de ações judiciais, visando garantir acesso de cidadãos a novos tratamentos e medicações, ou mesmo garantir atendimento emergencial do rol de serviços previstos pelo Sistema Único de Saúde, quando não prestados no momento necessário.

Judicialização em matéria de Saúde – importantes decisões proferidas pelo STF em 2020

A judicialização de temas relacionados à Saúde configura fenômeno recente no Poder Judiciário brasileiro, que teve início a partir da Constituição Federal de 1988, mas com evidente crescimento após o ano de 2005. Além do excesso de ações, causando problemas estruturais no Judiciário, há o aumento exponencial de gastos públicos e redirecionamento de valores para custear as condenações, antes destinados a outras políticas na área de saúde.

Conforme apontado pelo ministro Roberto Barroso em seu voto no RE 566471⁶,

“(...) os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos e insumos para cumprimento de decisões judiciais passaram de cerca de R\$ 2,5 milhões em 2005 para R\$ 266 milhões em 2011, o equivalente a um aumento de mais de 10.000%². Já em 2014, o valor despendido pelo Ministério da Saúde com determinações judiciais chegou a R\$ 843 milhões.”

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal analisou dois temas com Repercussão Geral referentes aos temas de saúde (Tema 6 e Tema 500). Os julgamentos dos RE 566471 e RE 657718 se referiram aos pleitos de tutela jurisdicional para o fornecimento de medicamentos e tratamentos de alto custo ou

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 657.718, Relator Min. Marco Aurélio. Redator Min. ROBERTO BARROSO Tribunal Pleno, Julgado em 22/05/2019 DJ 25/10/2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 ago. 2020

experimentais, que, a princípio, não são fornecidos pelo SUS, seja pelo não enquadramento pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME), seja pela ausência de registro na ANVISA.

Como fundamento para a negativa no fornecimento, o Poder Público costuma invocar o princípio constitucional da legalidade orçamentária, eis que deve observar a previsão financeira existente para a realização de despesas. Alega não ser possível direcionar parte de sua verba para o atendimento de apenas um cidadão, deixando milhares descobertos, e que não poderia ser condenado ao fornecimento de determinada medicação à toda população pois não possui meios financeiros para tanto, devendo ser sopesado o direito individual do cidadão frente aos direitos de toda a coletividade.

A sensibilidade do presente assunto é tamanha que, no artigo “Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos Tribunais Federais Brasileiros”⁷ são apresentadas distinções gritantes nas análises realizadas em decisões tomadas pelos cinco Tribunais Regionais Federais.

Para o estudo, foram abordados três temas, os quais resumidamente são: 1) fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA; 2) atendimento preferencial em fila de espera, ante ao agravamento da enfermidade; e 3) promoção de custeio integral em hospital privado no exterior.

Em todos os temas analisados, constata-se diferenças gritantes quanto ao entendimento de cada Tribunal Regional Federal, sendo, como exemplo, o pedido de fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA: nos TRF1 e TRF3 predomina a tese de deferimento, ao passo que o TRF2 tende a indeferir o pleito. Por sua vez, os TRF4 e TRF5 possuem divergências internas, ou seja, idênticos pedidos podem ou não ser deferidos, a depender do magistrado que os analisar.

Para além da ausência de técnica jurídica nas decisões, o estudo em comento apontou que, por serem decididos com base em questões morais e filosóficas, o resultado dos julgamentos pode se mostrar bastante injusto em relação aos próprios demandantes. Não bastassem os problemas que acarretam aos cofres estatais e políticas públicas, o deferimento de pedidos de concessão de benefícios de alto

⁷ ZEBULUM, J. C. “Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos tribunais federais brasileiros. Revista de Direito Sanitário”, v. 19, n. 1, São Paulo/SP, 2018, p. 144-165.

custo, ou não previstos no rol do SUS, acaba por causar injustiças individuais, pois alguns autores têm a “sorte” de terem suas demandas acatadas, ao passo que outros, com idênticos pedidos, as tem indeferidas, a depender do entendimento pessoal dos julgadores.

Quanto ao fornecimento de medicação sem registro na ANVISA, recentemente o STF manifestou-se no Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 657.718 nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 500 da repercussão geral, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente). Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese: “1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.⁸

Referida decisão demonstra que, em regra, não se deve conceder medicamentos sem registro na ANVISA, exceto quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil não mas que não tenha sido apreciado após o transcurso de 90 (noventa) dias (salvo no caso de

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal Ag. Reg. no Recurso Extraordinário 657.718, Relator Min. Marco Aurélio. Redator Min. ROBERTO BARROSO Tribunal Pleno, Julgado em 22/05/2019 DJ 25/10/2019. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 27 ago. 2020

medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Outra importante decisão da Suprema Corte foi no Tema 6 (*"Dever do Estado de fornecer medicamentos de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras de comprá-lo"*). Nesse recente julgamento, embora ainda não finalizado, restou decidido pela maioria dos Ministros que o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos de alto custo não registrados na lista do SUS, com exceções para casos de extrema necessidade do medicamento e impossibilidade financeira do cidadão de arcar com os custos. Tais condicionantes ainda serão objeto de definição pela Suprema Corte, em nova sessão que definirá a tese de repercussão geral.⁹

As diversas decisões observadas refletem a singularidade do tema, que coloca em lados opostos o direito ao acesso à saúde, e o equilíbrio orçamentário, princípios e fundamentos jurídicos de tamanha importância que deveriam andar lado a lado, mas pela falta de dotação orçamentária, acabam por ficar em lados opostos.

Considerações finais

A concretização de direitos sociais deveria ser prioridade do Estado brasileiro, mas a sua efetivação depende muito da correta distribuição de recursos, os quais não são infinitos. Diante da finitude de recursos, não é viável a garantia indefinida de concessões de medicamentos e serviços de saúde aos cidadãos, pois são áreas de constante desenvolvimento tecnológico, a custos altos, especialmente quando ainda se tratam de tratamentos experimentais ou recém lançados nos mercados. Contudo, há diversas situações em que os medicamentos ou serviços estão previstos no rol do SUS, mas não são disponibilizados à população em tempo hábil, por falta de estrutura ou organização da rede local.

Em tais situações, a judicialização de demandas poderia ser evitada pela

⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?id=>> acesso em 27/08/2020

maior eficiência na prestação de serviços, eis que buscam apenas a garantia da prestação de serviços ou fornecimento de medicamentos de modo urgente.

A melhor solução para o atendimento aos indivíduos talvez não passe necessariamente pela judicialização das demandas que visam acesso a inovações na área de saúde, pois nem sempre os julgamentos com base em questões morais dos magistrados se mostram justos. A análise de decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais em matérias de saúde demonstrou a disparidade de entendimentos entre os julgadores, eis que não embasadas em critérios objetivos, mas em fundamentos morais ou éticos, que mudam de acordo com a abordagem pessoal do julgador. Tais decisões, para além de ocasionarem impactos nas políticas públicas, acabam por acarretar injustiças aos jurisdicionados, que vivem em verdadeira "loteria jurídica", eis que suas demandas ficam à mercê da sorte na distribuição de suas ações.

O acesso à saúde deve ser objeto de sérios estudos de políticas públicas, a serem desenvolvidas pelo Estado através de abordagens e profissionais de diversas áreas, mas especialmente voltadas à garantia de atendimento de recursos à população em geral, e não apenas àqueles que podem recorrer ao Poder Judiciário. Tal acesso pode ser melhor efetivado utilizando-se das possibilidades trazidas pelas parcerias privadas, mediante acesso mais ágil a novas tecnologias, mas sempre sendo observado o princípio da reserva do possível, segundo o qual o Poder Público atua através de políticas públicas, da distributividade dos recursos e da efetividade do serviço.

As parcerias privadas podem trazer grande evolução no atendimento de saúde da população brasileira, pois as inovações nessa área são diárias, e nem sempre o Poder Público consegue acompanhar a evolução tecnológica com a mesma rapidez que o privado. Deve-se ter em conta que, em razão dos inúmeros princípios e normas a serem observados para qualquer contratação pública, o Estado muitas vezes se torna lento ou ineficiente. Embora existam problemas de gestão pública, nem sempre a demora nas contratações e compras decorre apenas de falta de gerenciamento ou mau dimensionamento pelos gestores; há diversas situações em que o estrito cumprimento às leis por si só ocasiona prejuízos. Vejamos como exemplo uma situação de contratação de médicos: acaso exista um pedido de exoneração por

servidor público, o ente responsável deverá abrir novo concurso público para a nova contratação. Ainda que o certame seja ágil e sem intercorrências, em razão da necessidade de observação de todos os prazos legais e tempo necessário para a correção de provas e análise documental, dificilmente haveria uma contratação em menos de três ou quatro meses. Essa previsão pode até soar bastante razoável para concursos públicos, mas a população não poderia aguardar tantos meses para um atendimento médico, em que, a depender da doença, tal prazo poderia ser fatal.

Além dos problemas de prazos para contratação de mão-de-obra, é certo que também a aquisição de medicamentos ou equipamentos é bem mais ágil quando realizada diretamente por particulares do que através do Poder Público, que sempre precisará realizar, no mínimo, um procedimento prévio para justificar a dispensa de licitação.

Quando se trata de uma área sensível e emergencial como a Saúde Pública, é necessário obter meios de garantir maior agilidade na prestação de serviços e a garantia do atendimento da população. E uma das formas encontradas é através das parcerias com prestadores privados.

Embora existam riscos nas parcerias, em razão dos possíveis desvios de finalidade ou de recursos públicos, é necessário ponderar que as contratações privadas também trazem grande agilidade no atendimento da população. Há inegáveis vantagens nas parcerias previstas, razão pela qual, o que se deve fazer é intensificar as formas de controle, para que não ocorram os atos de improbidade administrativa, mas que seja garantida a prestação de serviços por particulares, nas hipóteses que se mostrarem mais interessantes.

Resta claro que a agilidade nas contratações refletiria melhor prestação de serviços à população, e, possivelmente, auxiliaria na redução de demandas judiciais na área da Saúde. Embora existam ações judiciais que buscam o fornecimento de medicamentos não incorporados pelo SUS, o que não seria proporcionado pelo Estado, há igualmente muitas demandas que visam apenas a prestação de serviços em momento hábil, com rapidez e eficiência. Em casos como esses, a melhor gestão de recursos públicos seria suficiente ao atendimento da população, diminuindo o número de ações em tramitação. Tais demandas poderiam ser atendidas com maior

agilidade e eficiência em caso de boas contratações com parceiros privados, sempre com vistas a oferecer maior flexibilidade e eficiência aos serviços de saúde.

Referências:

MANICA, Fernando. Prestação de serviços de assistência à saúde pelos municípios. 1.ed. Belo Horizonte: Forum, 2017.

MÂNICA Fernando, Wandscheer, Clarissa. "Saúde e desenvolvimento humano: parcerias com o terceiro setor e incorporação de novas tecnologias ao SUS". Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica, vol. 23 – n.2, 2018. Itajaí, SC, UNIVALI, fl. 703-724.

Supremo Tribunal Federal: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno, Rel. para o acórdão Min. Luiz Fux, julgado em 17 dez. 2015.

Supremo Tribunal Federal: Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 657.718, Relator Min. Marco Aurélio. Redator Min. ROBERTO BARROSO Tribunal Pleno, Julgado em 22/05/2019, DJ 25/10/2019.

ZEBULUM, José Carlos. "Os conflitos morais enfrentados pelos juízes em demandas de saúde: o caso dos tribunais federais brasileiros". Revista de Direito Sanitário, v. 19, n. 1, 2018. São Paulo/SP, p. 144-165.

PARTE XI
DIREITOS FUNDAMENTAIS E EMERGÊNCIA SANITÁRIA
EM RAZÃO DA PADEMIA DO COVID-19

43. AS CONSEQUÊNCIAS NEGATIVAS DE PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO PERÍODO DA PANDEMIA DE COVID-19

THE NEGATIVE CONSEQUENCES OF CORRUPTION PRACTICES IN THE PROVISION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH IN THE PERIOD OF THE COVID-19 PANDEMIC



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-43>

*Luiza Eisenhardt Braun*¹

*Caroline Fockink Ritt*²

GT 11. Direitos fundamentais e emergência sanitária em razão da pandemia do COVID-19.

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa: quais são as consequências geradas pelas práticas de corrupção realizadas no segmento da saúde pública brasileira durante a pandemia de COVID-19? Para tanto, propõe-se três objetivos específicos: a) analisar os principais aspectos com relação ao direito fundamental à saúde no Brasil, abrangendo também o Sistema Único de Saúde (SUS); b) analisar o contexto da pandemia de COVID-19, analisando as práticas corruptivas ocorridas no âmbito da saúde; c) apontar os efeitos causados pela corrupção durante esse período, especialmente com relação à má prestação do direito fundamental à saúde e também com relação à dignidade da pessoa humana para a parcela mais vulnerável economicamente da população brasileira. O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e faz-se uso, também, da

¹ Graduanda do curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Bolsista de Iniciação Científica PUIC sob a orientação da professora Dra. Caroline Fockink Ritt na pesquisa “As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde”. Bolsista do DAAD no Hochschulwinterkurs 2020. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9911614217901106> E-mail: luizaeise@hotmail.com.

² Doutora em Direito, pós doutora em Direitos Fundamentais na PUC – RS, sob orientação do professor Ingo Wolfgang Sarlet, professora de Direito Penal na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa “As consequências negativas de práticas corruptivas e má gestão na realização de políticas públicas com relação ao direito fundamental à saúde” e do Projeto de Extensão “Enfrentamento da Violência Doméstica e Familiar: Direitos da Mulher Agredida”. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2706833712087295>. E-mail: carolinefritt@gmail.com

técnica de pesquisa por documentação indireta, por meio leitura e análise de obras, artigos científicos e *sites* de órgãos oficiais. Os resultados apontam que as práticas de corrupção ocorridas durante a pandemia causam prejuízo na qualidade dos serviços prestados pelo SUS, diante da perda de recursos ou da sua aplicação equivocada destes. Tal acarreta violações na prestação regular do direito fundamental à saúde e na dignidade humana, em especial para aqueles mais vulneráveis economicamente que, justamente, são os mais expostos à COVID-19.

PALAVRAS-CHAVE: COVID-19. Corrupção. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental à saúde. Vulnerabilidade econômica.

ABSTRACT

This scientific article aims at answering the following research problem: what are the consequences generated by the corruption practices carried out in the Brazilian public health segment during the COVID-19 pandemic? To this end, three specific objectives are proposed: a) to point out the main aspects regarding to the fundamental right to health in Brazil, also encompassing the Unified Health System (SUS); b) analyze the context of the COVID-19 pandemic, analyzing the corrupt practices that occurred in the health field; c) demonstrate the effects caused by corruption during this period, especially regarding to the poor provision of the fundamental right to health and also regarding the dignity of the human person for the most economically vulnerable part of the Brazilian population. The research method used is the deductive one, and the research technique is also used for indirect documentation, through reading and analysis of works, scientific articles and websites of official agencies. The results show that the corruption practices that occurred during the pandemic cause a loss in the quality of the services provided by SUS, due to the loss of resources or their misapplication of these. This leads to violations in the regular provision of the fundamental right to health and human dignity, especially for those most economically vulnerable, who, precisely, are the most exposed to COVID-19.

KEYWORDS: COVID-19. Corruption. Dignity of human person. Fundamental right to health. Economic vulnerability.

1 INTRODUÇÃO

Entre os óbices enfrentados pelo Brasil ao longo de sua história, as práticas de corrupção, especialmente aquelas na administração pública, sempre fizeram parte da história e realidade nacional. Desde as fraudes eleitorais características da República Velha no século XX até na atualidade, atos corruptivos que ensejaram a deflagração da Operação Lava Jato pela Polícia Federal em 2014, houve alterações nas formas pelas quais essas práticas de corrupção acontecem. Mas, o que não mudou foi o fato de que sua ocorrência sempre trouxe prejuízos para os cidadãos,

pelo fato de provocar desvios de recursos públicos, que são imprescindíveis, trazendo como consequência a violação dos direitos: à educação, à saúde, até mesmo violando a democracia e prejudicando a dignidade humana.

Tal acontece, principalmente, porque além das consequências negativas que a corrupção traz na ética e na moralidade pública também causa, por meio do desvio de recursos públicos, deficiência na prestação de serviços relacionados aos direitos sociais. Essa realidade é conhecida com relação à prestação do direito fundamental à saúde em que a demora para atendimento médico, a falta de leitos e equipamentos hospitalares, entre outras situações, pode ter como causa direta, o desvio de recursos que deveriam ser destinados para a saúde, mas acabaram sendo desviados pelas práticas de corrupção.

Mesmo com o advento da pandemia do novo Coronavírus, que se iniciou nos primeiros meses de 2020 e que deixou todo o sistema de saúde do país em alerta devido à demanda que ultrapassaria sua capacidade, não houve alteração na conduta de figuras políticas e empresariais. Com uma maior liberalidade no que diz respeito às contratações emergenciais de serviços de saúde, diante da urgência de realização de serviços, compra de equipamentos, flexibilização com relação às regras de compras e à licitação, muitas foram as irregularidades publicizadas, quase que diariamente, que foram cometidas por gestores públicos e empresários, com o objetivo de obter vantagens e enriquecimento indevido com os recursos públicos que deveriam ser destinados e aplicados com eficiência no direito à saúde.

Esse artigo objetiva apontar algumas destas práticas de corrupção que foram realizadas durante o período da pandemia de COVID-19. Da mesma forma, analisar as consequências trazidas por elas, especialmente no que diz respeito à violação do direito fundamental à saúde.

O método de pesquisa utilizado é o dedutivo e faz-se uso, também, da técnica de pesquisa por documentação indireta, por meio de revisão bibliográfica em obras, artigos científicos e sites de órgãos oficiais.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Para que se possibilite a compreensão dos efeitos das práticas de corrupção na prestação regular do direito à saúde, durante a pandemia de COVID-19, inicialmente é necessário ponderar os principais aspectos com relação ao direito fundamental à saúde. Especificamente, no que ele consiste, quais são os serviços de saúde que devem ser prestados pelo Estado, por meio do Sistema Único de Saúde – SUS, que desempenha papel fundamental no combate à pandemia.

Com relação à definição da saúde, historicamente, o seu conceito passou por várias mudanças através dos tempos. Para muitos, ela é configurada como mera ausência de doença. Em obra que rebate este conceito, alegando a sua insuficiência, Almeida Filho³ argumenta que saúde vai muito além do biológico, pois

Aplicando de modo livre tal abordagem pluralista ao nosso tema, proponho que o campo da saúde resulta da sobredeterminação de processos e vetores de desigualdades que podem ser referenciados pelas seguintes categorias particulares de processos determinantes: 1. 'Determinação' social da situação e das condições de saúde. 2. 'Produção' cultural das práticas de saúde. 3. 'Construção' política das instituições de saúde. 4. 'Invenção' simbólica dos sentidos da saúde.

Ademais, outra concepção de saúde desempenhou importante papel no que diz respeito à ampliação do conteúdo desse direito fundamental, influenciando inclusive a atual Constituição brasileira, conforme será visto a seguir: o que foi proferido pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 1946. Tal determinou que "a saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade."⁴ Desse modo, a ideia clássica de saúde, no sentido de ser somente a ausência de doenças, torna-se superada.

A mudança de concepção, através dos tempos, da definição do que é considerado saúde, provocou alterações legislativas no Brasil, especialmente a partir

³ ALMEIDA FILHO, Naomar da. *O que é saúde?* 1. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011, p. 122.

⁴ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 10 set. 2020. Não paginado.

da Constituição Federal de 1988. Anteriormente a essa fase, o histórico dos serviços públicos de saúde no país era marcado por políticas elitistas, pois, inexistia amplo acesso à saúde pública no país. Ela era reservada, em regra, somente para aqueles que contribuíam para a previdência social.

E mesmo já existindo, em constituições anteriores, a previsão do direito à saúde foi a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual ocorreu a positivação do direito à saúde como direito fundamental, de cunho universal, além de haver a ampliação do conceito de saúde, o que foi influência da concepção externada pela Organização Mundial de Saúde – OMS. Além da previsão no *caput* do artigo 6º da Constituição, sob o Título II “Dos Direitos e Das Garantias Fundamentais”, há uma normatização mais densa sobre o direito à saúde no Brasil, a partir do artigo 196 da Constituição. Nesse dispositivo, é determinado que a saúde é um direito de todos e dever do Estado. O meio pelo qual isso será atingido será por meio de políticas públicas, sociais e econômicas, cuja tarefa de regulamentação pertence ao legislador. Ademais, é determinado que o objetivo dessas políticas seja garantir o acesso universal igualitário aos serviços de saúde⁵.

A partir da leitura do texto constitucional, observa-se que há o reconhecimento de princípios que regem tanto o direito à saúde em si, quanto o Sistema Único de Saúde, como a universalidade que consigna que esse direito é garantido a qualquer indivíduo, seja brasileiro ou não, e da integralidade ou atendimento integral, que faz com que a pessoa seja visualizada em sua totalidade biológica, social e psicológica, tendo direito a serviços de saúde de baixa, média e alta complexidade nessas áreas⁶.

Com a finalidade de garantir e efetivar o direito à saúde são editadas várias leis que disciplinam como irá acontecer o acesso a este direito fundamental. Destaca-se a Lei 8.090/90, conhecida como Lei do Sistema Único de Saúde (SUS). Ela tem grande importância, pois delimita o papel de cada âmbito do Governo na realização do direito fundamental à saúde, atribuindo competências comuns aos três entes

⁵ LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 115.

⁶ GEBRAN NETO, João Pedro. “Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas”, in: *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 89, p. 57-81, jan./fev. 2015, p. 61-62. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/88078>> Acesso em: 10 set. 2020.

federativos, apesar de existirem competências exclusivas para cada um deles. Também traz princípios que coadunam com as determinações da Constituição, como o da universalidade de acesso, integralidade e igualdade de assistência das ações e serviços públicos de saúde⁷.

A mudança de paradigma do direito à saúde, especialmente em relação à previsão dos princípios constitucionais, já elencados, vieram contribuir para uma maior efetivação desse direito. Isso acontece porque o direito à saúde recebe outra classificação dentro dos direitos fundamentais como direito social prestacional. De acordo com Sarlet⁸, os direitos fundamentais sociais visam uma igualdade real para todos os cidadãos, o que só é possível a partir de uma eliminação das desigualdades, ao invés de propagar-se uma igualdade sem liberdade. Assim, com a Lei Fundamental de 88, tem-se um Estado compromissado com a igualdade material e com a justiça social. Com o direito à saúde não é diferente, havendo foco na universalização e igualdade de atendimento na área.

Após uma breve apresentação do sistema legal que determina o funcionamento do Sistema Único de saúde – SUS e, conseqüentemente, o direito fundamental à saúde, no próximo item abordar-se-ão práticas que dificultam a prestação desse direito fundamental, conforme determinações e previsão constitucional: a pandemia de COVID-19 e as práticas de corrupção na área da saúde, que decorrem, principalmente, devido à adoção de medidas flexibilizadoras, determinadas diante da urgência e calamidade, trazidas pela necessidade de combater a pandemia.

3 PRÁTICAS DE CORRUPÇÃO NA ÁREA DA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 NO BRASIL

Nesse tópico do presente trabalho, procura-se definir, sem possibilidade de esgotar o assunto, mas de forma didática e objetiva, no que consiste à COVID-19,

⁷ LEITE, op. cit., p. 120.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 206.

que trouxe esta situação de pandemia, em uma esfera mundial. Assim, possível, em seguida, analisar e compreender as formas de corrupção ocorridas durante esse período, que acontecem, justamente, com relação às ações de política sanitária de urgência, em vários estados do país, que objetivam tratar a doença causada pelo Coronavírus.

A pandemia diz respeito à propagação de um novo vírus da família coronavírus: o SARS-CoV-2, que causa a doença denominada COVID-19. O nome doença foi atribuído devido à data de sua primeira detecção, em 31 de dezembro de 2019 em Wuhan, na China. A OMS confirmou a circulação do novo coronavírus em 09 de janeiro; em 16 de janeiro, notificou-se a primeira importação em território japonês; em 21 de janeiro, foi a vez dos Estados Unidos reportar seu primeiro caso da doença; em 30 de janeiro, a OMS declarou a epidemia uma emergência de cunho internacional⁹.

Os números de casos e também de óbitos causados pela COVID-19 no Brasil justificam a posterior decretação de pandemia pela mesma organização internacional: até o dia 10 de setembro, foram detectados 4.238.446 casos da doença; no que diz respeito aos óbitos, foi constatado que pelo menos 129.522 indivíduos faleceram devido à infecção gerada¹⁰.

Assim, em nosso país, medidas começaram a ser tomadas a fim de retardar a propagação do vírus, ainda em março de 2020. Entre elas, obteve grande destaque o chamado "isolamento social"; houve, também, a promulgação de normas regulando a criação de novos órgãos, de formas de combate à doença, e determinando a flexibilização em relação com contratos firmados entre a Administração Pública e prestadores de serviços de saúde particulares.

Essa flexibilização, embora tivesse como objetivo agilizar políticas de combate à COVID-19, ao tornar tanto a celebração quanto a execução do contrato mais rápidas, acabou por criar também um cenário propício para a incidência da

⁹ LANA, R. M., et al. "Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva", in: *Cad. Saúde Pública*, 2020, p. 01. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301>. Acesso em: 11 set. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Painel Coronavírus*. 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em 11 set. 2020. Não paginado.

corrupção. Ocorre que, frente à desburocratização dos processos de contratação públicos, possibilita-se que irregularidades sejam realizadas muitas vezes despercebidas. Sem dúvida, mais um efeito “colateral” da pandemia.

A incidência de práticas corruptivas na área da saúde durante a pandemia de COVID-19 é atestada pelos dados apresentados a seguir, que dizem respeito às investigações ocorridas até junho de 2020: desde o final do mês de abril, foram iniciadas 18 operações especiais com finalidade de verificar a corrupção que envolvia dinheiro público ao combate da COVID-19. Ademais, outro dado trazido é do valor dos contratos investigados sob suspeita de fraude: 1,07 bilhão de reais. Não se sabe, ainda, o quanto desse valor foi efetivamente desviado dos cofres públicos¹¹.

No Rio de Janeiro, a aplicação de auditorias da Controladoria-Geral do Estado observou irregularidades em diferentes contratos celebrados pela Secretaria Estadual de Saúde, que possuíam como objeto a compra de testes de COVID-19, a compra de leitos hospitalares e a construção de hospitais de campanha para acolher pacientes com a doença. Inicialmente, traz-se o que foi concluído na análise do contrato e posterior termo aditivo firmados para a montagem e operacionalização de sete hospitais de campanha. Restou comprovado que não houve a realização de estudo técnico para embasar as alterações que viriam a ocorrer no termo aditivo, o qual, apesar da diminuição no número total de leitos, que passou de 1.400 para 1.300, trouxe um aumento de mais de R\$ 84 milhões no valor do contrato¹².

O órgão estatal, em auditoria feita sobre contrato de compra de testes para detecção de COVID-19, constatou também a disparidade de preço dos testes em dois contratos firmados com a mesma empresa, para a compra do mesmo produto: inicialmente, o valor único era de R\$ 180, porém, passaram para R\$ 128,57 e R\$ 150 por teste.¹³ Por fim, visualizou-se também que inexistiam registros atualizados de

¹¹ SHALDERS, André. 'Covidão' já atinge governos de sete Estados e valor investigado chega a R\$ 1,07 bilhão. In: *BBC News*, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53038337>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

¹² CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Nota de Recomendação Nº 20200002/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020, p. 1-3. Disponível em: <<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200006-NIR-20200002.pdf>> Acesso em 11 set. 2020.

¹³ CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Nota de Recomendação Nº 20200008/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020, p. 5. Disponível em:

dois contratos firmados pela Secretaria de Saúde com finalidade de aquisição de 135 leitos hospitalares (120 em um contrato e 15 em outro), ficando demonstrado que houve a paralisação do processo de contratação.¹⁴

O segundo contexto trazido é aquele investigado pela Operação Dispneia, coordenada conjuntamente pela Controladoria-Geral da União (CGU), Ministério Público Federal (MPF) e Polícia Federal (PF). Segundo a própria CGU, foram apuradas irregularidades na Secretaria de Saúde de Fortaleza, capital do estado do Ceará. Foi verificado, a partir da compra de 150 ventiladores pulmonares (os quais teriam sua utilização no tratamento de pacientes em estado grave que contraíram a COVID-19), indícios de conluio entre empresas, superfaturamento de equipamentos, além da contratação de empresa que não preenchia os requisitos necessários para realizar a venda. Os contratos investigados, promovidos pela Secretaria de Saúde de Fortaleza (CE) e pelo Instituto Dr. José Frota (IJF), somam R\$ 34,7 milhões; já o potencial prejuízo financeiro pode chegar até a R\$ 25,4 milhões¹⁵.

Na capital do estado de Pernambuco ocorreram investigações semelhantes, de nome Operação Apneia. As irregularidades giram em torno de contratos realizados pela Prefeitura do Município para a compra de 500 respiradores pulmonares, cujos valores totalizam R\$ 11,5 milhões. São apuradas as suspeitas de dispensa de licitação, que se deu, por exemplo, com a inserção de documentos falsos por parte da empresa com que foi firmado o contrato. Ademais, não foram exigidos da empresa o cumprimento de requisitos de habilitação, uma vez que houve a aquisição de equipamentos sem o registro na ANVISA. A CGU constatou que a Prefeitura de Recife atestou o recebimento e realizou o pagamento de 50 equipamentos antes do início das investigações, porém, a documentação recebida

<<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200008-NIR-20200001.pdf>> Acesso em 11 set. 2020.

¹⁴ CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Nota de Recomendação Nº 20200006/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020, p. 4. Disponível em: <<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200006-NIR-20200002.pdf>> Acesso em 03 set. 2020.

¹⁵ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU, MPF e PF apuram irregularidades na Secretaria de Saúde de Fortaleza (CE)*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/cgu-mpf-e-pf-apuram-irregularidades-na-secretaria-de-saude-de-fortaleza-ce>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

evidenciava a entrega de apenas 35 ventiladores pelo fornecedor. Estes, ainda, não puderam ser utilizados pela população, já que não estavam aptos para tal¹⁶.

A existência de práticas de corrupção durante a pandemia, acima relatadas, desviando diretamente recursos que deveriam ser destinados ao combate à COVID-19, atinge de forma muito negativa, prejudicando, profundamente, à população. As notícias publicizam que os desvios de valores ultrapassam a casa dos milhões, deixando para os pacientes da Covid19 equipamentos inaptos para uso ou gerando a paralisação da contratação de serviços cuja prestação é imprescindível para salvar vidas de muitas pessoas

No próximo e último ponto da presente pesquisa, apontam-se as consequências que estas práticas geram com relação à prestação do direito fundamental à saúde e também com relação à dignidade da pessoa humana, na realidade de enfrentamento de pandemia que o país se encontra.

4 CONSEQUÊNCIAS DA CORRUPÇÃO NA PRESTAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID 19: OS MAIS POBRES COMO OS MAIS ATINGIDOS E A OFENSA À DIGNIDADE HUMANA

Nesse ponto, encaminhando-se para as conclusões finais, buscar-se-á apontar os principais efeitos da corrupção com relação à prestação do direito fundamental à saúde durante a pandemia. Demonstra-se que o grupo social que mais sofre consequências da má prestação à saúde durante este período é composto, justamente, pelas pessoas mais pobres, maiores vítimas de contaminação e com maior número de mortes.

Leal¹⁷ discorre sobre as consequências dos atos corruptos nos direitos humanos e fundamentais. Para o referido autor, não há dúvidas sobre a existência de conexão entre violações dos direitos humanos e fundamentais e corrupção,

¹⁶ CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU, PF e MPF realizam terceira fase da Operação Apneia em Pernambuco*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/07/cgu-pf-e-mpf-realizam-terceira-fase-da-operacao-apneia-em-pernambuco>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

¹⁷ LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013, p. 97.

especialmente quando esse comportamento é usado como forma de violação do sistema jurídico inteiro, afetando não só a ordem jurídica, mas também a rede de direitos e garantias em vigor.

Os contextos de corrupção que foram explorados no item anterior causaram violações diretas no que diz respeito ao direito fundamental à saúde, uma vez que houve a compra de respiradores pulmonares inaptos para o uso, a paralisação de contratos de aquisição de leitos hospitalares e, também, superfaturamento de contratos em todas as situações trazidas.

As práticas de corrupção ocorridas no segmento da saúde no decorrer da pandemia de COVID-19 no país, além de causarem danos ao direito subjetivo à saúde dos cidadãos, acabam por também gerar deficiências em todo o sistema de saúde, violando o que foi previsto no texto constitucional, conforme trazido no segundo item deste trabalho. Com menos recursos disponíveis para as unidades de saúde, o número de serviços prestados decresce, podendo ocorrer também uma perda de qualidade destes, o que, por sua vez, acaba por deixar a população, principalmente os mais pobres, desassistidos em momento de crise sanitária.

Outro aspecto faz alusão à ofensa da dignidade da pessoa humana. Isso porque, quando o direito fundamental à saúde é violado, a dignidade humana também é atingida. Tratando-se da definição do conteúdo da dignidade da pessoa humana, Sarlet¹⁸ traz conceituação ampla desse princípio constitucional, colocando que a dignidade é uma qualidade intrínseca da pessoa humana, além de ser também irrenunciável e inalienável. Assevera, também, que a dignidade é elemento que qualifica o ser humano como tal.

De forma a corroborar a existência de conexão entre a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à saúde, observa-se a afirmação de Rocha¹⁹, que coloca que a dignidade humana é preservada quando o Estado se abstém de praticar algum ato que cause prejuízos à saúde dos indivíduos, e esta dignidade é promovida

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.18.

¹⁹ ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 121-123.

também quando há uma atuação por parte do Estado, seja na forma de elaboração de leis, como também na forma de prestações materiais que envolvam o direito fundamental à saúde.

Mesmo que as violações do direito fundamental à saúde e da dignidade humana causadas pelas práticas de corrupção na pandemia possam atingir, em tese, todos que compõem a população do país, ao atribuir um olhar dotado de concreticidade, verifica-se que existem cidadãos que sofrem mais com tais efeitos. No presente trabalho o foco se dá na parcela da população que se encontra vulnerável economicamente, ou seja, defende-se que os mais pobres são os mais atingidos. Isso acontece porque, geralmente, são os mais pobres que dependem exclusivamente do SUS para ter acesso aos serviços de saúde. Com serviços deficitários, receber uma prestação regular do direito fundamental à saúde (e, conseqüentemente, realizando também a dignidade da pessoa humana) torna-se mais difícil, especialmente em período de pandemia.

E, destaca-se que, além das pessoas mais pobres serem os mais prejudicados pela ineficiência do SUS, causada pelas práticas corruptivas, são também estas pessoas que sofrem maior exposição à COVID-19, muito mais do que aquelas que possuem melhores condições econômicas. A maioria das pessoas pobres não consegue realizar o isolamento social, pois seu trabalho geralmente é o informal, exigindo saírem às ruas, ficando, conseqüentemente, mais expostos ao contágio.

Estudo que comprova que a exposição ao vírus difere de acordo com o grupo socioeconômico ao qual os cidadãos pertencem foi o feito pelo Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS), pertencente à PUC do Rio de Janeiro e publicado na Nota Técnica 11 na data de 27/05/2020. A pesquisa possui como nome "*Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil*", e tem como escopo a variação da taxa de letalidade do SARS-CoV-2 utilizando-se de variáveis demográficas e socioeconômicas dos brasileiros.

No estudo supracitado, foi realizada a análise de cerca de 30 mil casos de notificações de COVID-19 disponibilizadas pelo Ministério da Saúde. Desses, 45,2% vieram a óbito. Partindo-se para a análise de variantes demográficas, quando a análise a partir da cor/raça dos pacientes foi tomada em conta, restou comprovado que cerca de 55% dos infectados pretos e pardos vieram a óbito, enquanto os

infectados brancos tiveram taxa de letalidade de apenas 38%. Outro dado trazido pelo estudo é a taxa de letalidade analisada a partir do nível de escolaridade dos pacientes. Concluiu-se que, quanto maior a escolaridade do indivíduo, menor foi a letalidade de COVID-19. Assim, pessoas com nível de escolaridade superior com casos graves de COVID-19 tiveram uma taxa de letalidade de 22,5%; já entre aquelas pessoas sem escolaridade, a taxa de letalidade subiu para 71,3%. A própria nota esclarece que isso ocorre devido à diferença de renda, que causa também disparidades no acesso a serviços básicos de saúde²⁰.

As pessoas mais pobres, que já enfrentam dificuldades no seu cotidiano para trabalhar e buscar condições mínimas de sobrevivência, estando mais expostas ao contágio do Coronavírus, têm seus direitos mais uma vez violados quando necessitam de atendimento em uma unidade de saúde pública, que, por sua vez, pode não preta um atendimento satisfatório, por não contar com os recursos que foram disponibilizados, mas desviados, devido à corrupção. Os indivíduos mais pobres não possuem condições de buscar atendimento na rede privada, dependendo exclusivamente do SUS.

Nos dizeres de Sarlet,

Cumpre lembrar, mais uma vez, que a denegação dos serviços essenciais de saúde acaba – como só ia acontecer – por se equiparar à aplicação de uma pena de morte para alguém cujo único crime foi o de não ter condições de obter om seus próprios recursos o atendimento necessário, tudo isto, habitualmente sem qualquer processo e, na maioria das vezes, sem possibilidade de defesa, isto sem falar na virtual ausência de responsabilização dos algozes, abrigados pelo anonimato dos poderes públicos²¹.

No período de pandemia, no qual medicamentos, leitos hospitalares sem e também com respiradores pulmonares e UTIs são disputadas pelo grande número

²⁰ BATISTA, A. et al. Nota Técnica 11 – 27/05/2020. Análise socioeconômica da taxa de letalidade da COVID-19 no Brasil. In: *Núcleo de Operações e Inteligência em Saúde (NOIS)*, Rio de Janeiro, 2020, p. 04-05. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1tSU7mV4OPnLRFMMY47JIXZgzkklvkydO/view>> Acesso em 14 set. 2020.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 338.

de infectados pela COVID-19, aqueles que não possuem outra alternativa senão buscar serviços públicos acabam sendo mais prejudicados que as demais pessoas, que podem contar com um plano de saúde, no sistema privado de prestação à saúde. A corrupção contribui na dificuldade de prestar os serviços de saúde pública de forma satisfatória causando, conseqüentemente, a violação do direito fundamental à saúde e da dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro item, analisou-se o direito à saúde no Brasil: foram trazidos conceitos com o objetivo de demonstrar qual é o conteúdo desse direito fundamental, e também as normas que regulam como a prestação da saúde será feita à população, quais sejam, a Constituição Federal de 1988 e a Lei 8.090/90 (Lei do SUS).

No segundo ponto foi feita uma contextualização da pandemia de COVID-19, que teve seu início ainda em dezembro de 2019, na China, e a decretação de pandemia global no mês de março de 2020. No Brasil, em setembro, mais de 4 milhões de casos já haviam sido registrados.

Também se abordou a questão das práticas de corrupção que estão acontecendo na prestação do direito fundamental à saúde, durante o enfrentamento da pandemia da COVID-19. Foram relatados casos concretos no Rio de Janeiro, Fortaleza e Recife, e ficou demonstrado que as condutas mais utilizadas foram a de superfaturamento de contratos visando a aquisição de leitos hospitalares, respiradores pulmonares e testes para detecção de COVID-19 e as fraudes nos processos de contratação com o poder público.

Por fim, o terceiro ponto demonstrou que as práticas de corrupção na saúde causam efeitos negativos nos serviços que são oferecidos pelo Sistema Único de Saúde –SUS impedindo a prestação satisfatória do direito fundamental à saúde e da dignidade humana aos cidadãos. E, demonstra-se, também, que estudos apontam que, este prejuízo, é ainda maior para a parcela mais pobre da população, que, além de estar mais exposta ao vírus, conta, exclusivamente com o SUS, buscando nele

tratamentos e todas as prestações em saúde necessárias para uma vida com um mínimo de dignidade.

As práticas corruptivas se tornaram frequente nas contratações feitas pela Administração Pública, principalmente no período de crise sanitária no qual o Brasil e o mundo se encontram. Isso demonstra a necessidade de investigação e punição exemplar, uma vez que os valores desviados da área da saúde, se forem corretamente aplicados, poderiam salvar a vida de muitos pacientes infectados pela COVID-19. Na pandemia que o país se encontra e as consequências das práticas de corrupção na saúde a acabam penalizando, mais uma vez, os mais pobres, que somente possuem acesso à saúde pública, e é através do SUS, e este, deveria ser melhor cuidado. Pois, onde se cuida da saúde, estar-se-á promovendo a dignidade humana!

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, Naomar da. *O que é saúde?* 1. ed. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2011.

BRASIL. Painel Coronavírus. 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>> Acesso em 27 ago. 2020. Não paginado.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. *CGU, MPF e PF apuram irregularidades na Secretaria de Saúde de Fortaleza (CE)*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/05/cgu-mpf-e-pf-apuram-irregularidades-na-secretaria-de-saude-de-fortaleza-ce>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

_____. *CGU, PF e MPF realizam terceira fase da Operação Apneia em Pernambuco*. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2020/07/cgu-pf-e-mpf-realizam-terceira-fase-da-operacao-apneia-em-pernambuco>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

CONTROLADORIA-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Nota de Recomendação Nº 20200002/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200006-NIR-20200002.pdf>> Acesso em 03 set. 2020.

_____. Nota de Recomendação Nº 20200006/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200006-NIR-20200002.pdf>> Acesso em 03 set. 2020.

_____. Nota de Recomendação Nº 20200008/SUPSOC1/AGE/CGE. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <<http://www.cge.rj.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/NR-20200008-NIR-20200001.pdf>> Acesso em 03 set. 2020.

LANA, R. M., et al. "Emergência do novo coronavírus (SARS-CoV-2) e o papel de uma vigilância nacional em saúde oportuna e efetiva", in: *Cad. Saúde Pública*, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020000300301>. Acesso em: 19 mai. 2020.

LEAL, Rogerio Gesta. *Patologias corruptivas nas relações entre Estado, administração pública e sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim. *Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial*. Curitiba: Juruá, 2014.

GEBRAN NETO, João Pedro. "Direito constitucional à saúde e suas molduras jurídicas e fáticas", in: *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 89, p. 57-81, jan./fev. 2015. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/88078>> Acesso em: 10 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO), 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>>. Acesso em: 10 set. 2020. Não paginado.

ROCHA, Eduardo Braga. *A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SHALDERS, André. 'Covidão' já atinge governos de sete Estados e valor investigado chega a R\$ 1,07 bilhão. In: *BBC News*, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-53038337>> Acesso em 03 set. 2020. Não paginado.

44. A CRISE DA COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL: UMA RELATIVIZAÇÃO DO MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS E O NECESSÁRIO DIÁLOGO DE PROTEÇÃO

*THE CRISIS OF COVID-19 AND THE PERSON WITH DISABILITIES IN BRAZIL: A
RELATIVIZATION OF THE SOCIAL MODEL OF HUMAN RIGHTS AND THE NECESSARY
DIALOGUE FOR PROTECTION*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-44>

Rosalice Fidalgo Pinheiro¹

Flávia Balduino Brazzale²

O enquadramento do grupo social das pessoas com deficiência enquanto minorias agravadas pelo isolamento social, leva-as a uma condição de invisibilidade que é favorecedora para que a ausência de intervenções estatais protetivas a situação pandêmica seja despercebida socialmente e relegadas em suas consequências prejudiciais a estes indivíduos. Por tal razão, as obrigações positivas decorrentes da incorporação das normas internacionais de direitos humanos ao direito interno, devem contribuir para o diálogo de proteção das pessoas com deficiência em resguardo aos benefícios instituídos pelo modelo social. Delineia-se, então, qual a intervenção e contribuição que as diretrizes instituídas pela Organização das Nações Unidas (ONU), para inclusão prioritária de atendimento deste grupo social, nesse contexto de pandemia, exerce e cabe ser valoradas pelo governo brasileiro. Eis o

¹ Pós-doutora junto à Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne (UMR 8103). Doutora em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito das Relações Sociais junto à Universidade Federal do Paraná. Bacharel em Direito junto à Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora associada de Direito Civil do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora do Projeto de Pesquisa Virada de Copérnico do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora convidada do Centre de Recherche "Droit, Science et Technique" (2015). Revisora dos periódicos Espaço Jurídico (ISSN 2179-7943), Direitos Fundamentais e Justiça (ISSN 1982-1921) e Revista da Ajuris (1679-1363). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, atuando principalmente nos seguintes temas: contratos, contratos e biotecnologia, responsabilidade civil, direito do consumidor, direito da pessoa com deficiência, metodologia da pesquisa em Direito e ensino jurídico.

² Flávia Balduino Brazzale é Doutoranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Bolsista PROSUP/CAPES. Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Advogada regularmente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional do Paraná, sob o nº de ordem 44.308. Especialista em Direito Processual pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Membro do Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional - NUPECONST do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. Docente com atuação na área da Educação Superior, nas disciplinas de Direito Civil e Direito do Consumidor. Autora do Livro A Pessoa com Deficiência e a Ruptura no Regime das Incapacidades.

problema que ensejou a presente pesquisa. Dentre os procedimentos de pesquisa situam-se o documental bibliográfico, que seguindo a senda do método dedutivo de abordagem, parte-se do atual cenário comprometedor ao modelo social de deficiência, para, posteriormente, tecer a necessidade de diálogo e incorporação das diretrizes exaradas pelos Relatório da ONU em enfrentamento a COVID-19, como contributo às pessoas com deficiência do Estado brasileiro.

Palavras Chaves: Pessoa com Deficiência. Pandemia. Diálogo.

The framing of persons with disabilities as vulnerable groups is aggravated by social isolation, leading them to invisibility. Such condition favors the omission of the state whose agents have neglected them throughout the pandemic. The absence of social and sanitary specific care for persons with disabilities has been terribly harmful for these individuals. For this reason, the positive obligations arising from the incorporation of international human rights standards into domestic law, should contribute to the dialogue aimed at the protection of persons with disabilities in order to safeguard the benefits established by the social model. Hence, this research is dedicated to outline which priority inclusion guidelines instituted by the United Nations (UN) for this social group in the context of the pandemic should be applied by the Brazilian government. In order to achieve this goal it was necessary to implement bibliographic research and a deductive method which takes as a premise the current scenario which compromises the social model of disability, in order to subsequently weave the need for dialogue and incorporation of the guidelines established by the UN report against COVID-19, as a contribution to persons with disabilities in Brazil.

Keywords: Person with Disabilities. Pandemic. Dialogue.

INTRODUÇÃO

Os impactos da pandemia do Covid-19 em face das pessoas com deficiência enalteceram as barreiras cotidianamente impostas a este grupo social. Como fator de agravamento a condições próprias de sua vulnerabilidade, o que não se constata em âmbito nacional são as medidas de enfrentamento que tenham sido cuidadosamente planejadas em consideração às diferentes características e particularidades que se sobrepõem às pessoas com deficiência.

Dificuldades de enfrentamento as causas de contágio, bem como, os entraves formados diante da necessidade de tratamentos pela Covid-19, evidenciam a invisibilidade destes indivíduos, e também, revelam o distanciamento do Estado ao seu dever de observância e cumprimento dos preceitos, voluntariamente, ratificados com a Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência.

A preocupação sobre os gravames que estão sendo impostos as pessoas com deficiência nesta situação de pandemia, revelou-se questão de primeira ordem em organizações de proteção e promoção dos direitos humanos. No presente caso, cita-se em específico a Organização das Nações Unidas (ONU), que ao longo desta calamidade tem expedido diferentes instrumentos orientativos para conscientização social e planejamento de atuações públicas em face das pessoas com deficiência.

Pela considerável colaboração mundial, ressalta-se nesse estudo, o relatório publicado em dia 06 de maio de 2020, pela Organização das Nações Unidas, intitulado como “Uma reação de deficiência-inclusiva ao Covid-19”³. Sua importância está em descrever as principais recomendações para inclusão das pessoas com deficiência e, para isso, o relatório elege as diretrizes essenciais dentro de quatro áreas comuns a todos os Estados: integração da deficiência; acessibilidade; planejamento participativo e responsabilização como garantia de cumprimento das medidas apresentadas ao enfrentamento da Covid-19.

Frente ao contexto confrontador entre a pandemia do novo coronavírus e a responsabilidade do Estado nacional de amparo a todas as pessoas com deficiências, questiona-se: quais são as diretrizes instituídas pela Organização das Nações Unidas (ONU), para promoção da inclusão prioritária de atendimento deste grupo social? Estas recomendações merecem ser valoradas pelo governo brasileiro? Por qual razão? De que forma?

A partir da contribuição que possa ser implementada entre a lógica de cooperação do Estado brasileiro com os organismos internacionais, a justificativa deste artigo fundamenta-se na emergência de atuações, em âmbito nacional, essenciais para criação de medidas protetivas direcionadas ao resguardo da pessoa com deficiência frente a Covid-19.

Esse estudo se desenvolverá pela divisão a seguir descrita. A primeira parte destina-se a reflexão sobre a forma pela qual a pandemia do novo coronavírus acentua as vulnerabilidades das pessoas com deficiência e, quais são os agravantes que o isolamento social enseja para sua desproteção. A segunda parte direciona-se

³ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020. Disponível em: <<https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-05/Policy-Brief-A-Disability-Inclusive-Response-to-COVID-19.pdf>>. Acesso em 12 ago 2020. p. 2.

a compreensão acerca do retrocesso que sofre a pessoa com deficiência com a relativização do modelo social de direitos humanos da deficiência.

Ao final, e uma vez tendo ocorrida a compreensão sobre o 'porque' da condição de vulnerabilidade e quais são os deveres adstritos em observância do modelo social de deficiência, apresentar-se-á as diretrizes elencadas no relatório da ONU como instrumento convidativo ao diálogo formador de adequadas medidas de enfrentamento a Covid-19 em prol das pessoas com deficiência.

1. OS IMPACTOS DA PANDEMIA DA COVID-19 ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA: ACENTUANDO VULNERABILIDADES

Há um bilhão de pessoas com deficiência no mundo, estimando-se que deste percentual, 80% (oitenta por cento) estão nos países em desenvolvimento. Tal fato, revelado pelo relatório "Uma reação de deficiência-inclusiva ao Covid-19", publicado no dia 06 de maio de 2020 pela Organização das Nações Unidas, demonstra que em países como o Brasil, este grupo pode ser um dos mais afetados pela crise. Eis que ao mesmo tempo em que as pessoas com deficiência têm menos acesso à saúde, educação, emprego e participação comunitária, são mais propensas à pobreza, violência, negligência e abuso, alerta o relatório da ONU⁴.

Nesse contexto numérico, estima-se que 46% (quarenta e seis por cento) dos idosos são pessoas com deficiência, uma em cada cinco mulheres já passaram pela experiência da deficiência em sua vida e uma em cada dez crianças é uma criança com deficiência⁵. Trata-se, portanto, não apenas de uma crise sanitária, mas de uma crise social, que acentua as vulnerabilidades já existentes, de tal modo que se torna possível afirmar que as pessoas com deficiência estão expostas a um risco maior de contrair o Covid-19.

Para as pessoas com deficiência, o isolamento social mostra-se como um grande desafio porque multiplica as barreiras para pôr em prática as medidas de

⁴ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020. Disponível em: <<https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-05/Policy-Brief-A-Disability-Inclusive-Response-to-COVID-19.pdf>>. Acesso em 12 ago 2020. p. 2.

⁵ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 4.

proteção como lavar as mãos e manter a distância física⁶, seja por falta de compreensão, necessitando de uma linguagem adequada, seja por falta de instalações e serviços que propiciem tais cuidados. Também estão dentre aqueles que apresentam um quadro de maior predisposição ao agravamento dos efeitos do Covid-19, como o diabetes e doenças do coração. E notadamente, pessoas idosas encontram-se institucionalizadas, ou encarceradas com enfermidade mental, tornando-as mais suscetíveis ao contágio e altas taxas de mortalidade⁷. Isto demonstra uma acentuada vulnerabilidade das pessoas com deficiência no âmbito da saúde.

As desigualdades sociais e econômicas associadas à incapacidade tendem a exacerbar as vulnerabilidades por ocasião das medidas tomadas para controle da pandemia. De acordo com o relatório da ONU, as pessoas com deficiência têm mais chances de perderem seus empregos, são menos beneficiadas pelos mecanismos de aprendizagem à distância, tem menos medidas de acessibilidade como linguagem de sinais, e estão mais suscetíveis à violência doméstica propiciada pelo isolamento⁸.

Durante o período de isolamento, pessoas com deficiência acabam por dispensar seus cuidadores, sobrecarregando seus familiares, em razão das preocupações com o contágio dos responsáveis pelos cuidados em transporte público⁹. Tal fato remete para uma maior vulnerabilidade no acesso aos bens e serviços, pois muitas pessoas com deficiência não podem tomar decisões sozinhas, necessitando de mecanismos de apoio por parte da família e da sociedade para viver uma “vida independente” durante a quarentena. As barreiras de acessibilidade também têm forte impacto na educação, uma vez que as pessoas com deficiência são menos beneficiadas pelos mecanismos de aprendizagem à distância, seja pela falta de suporte à comunicação adequada, ou até mesmo, pela falta de acesso à internet¹⁰.

⁶ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 5.

⁷ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 5.

⁸ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 6.

⁹ Pandemia tem forte impacto para pessoas com deficiência, Notícias dam UFMG, Belo Horizonte, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/pandemia-tem-forte-impacto-para-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 05/06/2020, n.p.

¹⁰ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 6.

Neste contexto, o impacto mais forte, talvez, resida na chamada "escolha de sofia"¹¹, que consiste em uma discussão acerca dos critérios para internação de pacientes acometidos de Covid-19 em leitos de Unidade de Terapia Intensiva, diante da insuficiência de vagas. Em tais casos, pessoas com deficiência e idosos são descartados, por terem menos chances de recuperação. Igualmente, o "Policy Brief" da ONU aponta que, em países com escassez na alocação de recursos e equipamentos médicos, as decisões relativas à saúde dos infectados não são tomadas com base no diagnóstico individual, mas em critérios discriminatórios como a idade, a qualidade ou valor da vida baseada na deficiência¹². Delineia-se a discriminação da pessoa com deficiência, que não apenas acentua sua vulnerabilidade, mas que importa em ruptura do princípio da igualdade, uma das diretrizes da Convenção de Nova Iorque e da Lei Brasileira de Inclusão.

O gravame que se implementa às pessoas com deficiência torna-se indubitável e claramente perceptível no presente cenário pandêmico. Já na conjectura brasileira, o despreparo social e as mazelas cotidianas que as pessoas com deficiência já enfrentavam rotineiramente em certo ambiente de "normalidade", acrescem-se a situação epidemiológica vivenciada e estampam uma realidade que já poderia ser considerada previsível e exigente de prévias atuações estatais para não ocorrência de danos a estas pessoas.

A responsabilidade estatal referenciada nesta oportunidade, denota-se a partir da incorporação do modelo social de deficiência recepcionado pelo ordenamento pátrio com a ratificação da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) e posteriormente reiterado nos termos da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015).

¹¹ Pandemia tem forte impacto para pessoas com deficiência, Notícias da UFMG, Belo Horizonte, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/pandemia-tem-forte-impacto-para-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 05/06/2020, n.p.

¹² UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020, p. 6.

2. RELATIVIZAÇÃO DO MODELO SOCIAL DE DIREITOS HUMANOS ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA

O modelo social da deficiência compreende que o entorno socialmente habitável é o mecanismo responsabilizador para formação ou eliminação das deficiências. A partir de seus preceitos, a deficiência revela-se como uma condição que se molda não por atributos pessoais ou de ordem médica, mas, pela necessidade de identificação das barreiras manifestadas no ambiente exterior que se implementam por ações ou omissões sociais e/ou governamentais.

Ratifica-se que o presente modelo social deve ser identificado precipuamente pelo seu distanciamento em relação à percepção da deficiência enquanto atributo de ordem causal (propiciadas por questões de saúde, científicas ou religiosas). Sua ruptura aos conceitos empreendidos nos outros modelos (prescindência e médico), deve ser primordialmente reconhecido pela consideração da deficiência enquanto uma questão de direitos humanos que, por consequência, imputa a obrigatoria observância de todos os princípios e valores intrínsecos decorrentes. Conforme resumem Agustina Palacios e Francisco Bariffi, este modelo aproxima-se concidentemente aos valores que sustentam os direitos humanos, isto é "*(...) la dignidad; la libertad entendida como autonomía (...); la igualdad inherente de todo ser humano –inclusiva de la diferencia–, (...), y la solidaridad*"¹³.

O presente reconhecimento da deficiência inserido ao que Nelson Rosenvald propriamente denomina como "Modelo Social de Direitos Humanos"¹⁴, merece assim ser configurado à medida que sua concepção é resultante de um processo de resistência a longas opressões, principalmente, em face dos julgamentos prematuros que associavam os impedimentos corporais ou psíquicos a condição de

¹³ PALACIOS, Agustina., BARIFFI, Francisco. La Discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Grupo editorial Cinca. 2007, p.23.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146.2015. p.91-110. In: Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.) Rio de Janeiro: Processo, 2016. p. 100.

incapacidade plena para o exercício de direitos em igualdade de condições com as demais pessoas.

Na fundamentação de Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos “são produções simbólicas que determinados grupos humanos criam para reagir frente ao entorno de relações em que vivem”¹⁵, os quais, com base na teoria crítica deste jusfilósofo espanhol, representam o *saldo* obtido dos processos de lutas (sociais, política, cultural, jurídica, econômica) para concretização do acesso a bens materiais e imateriais necessários para existência de uma vida digna. Logo, os direitos humanos deverão estar instrumentalizados em políticas públicas e normas jurídicas que servirão para garantir que tal acesso esteja desvinculado a predileção de condições sociais ou quaisquer processos hierárquicos e desiguais de sua obtenção.

No reconhecimento da deficiência como questão de direitos humanos, a CDPD prevê deveres de observância obrigatória para substituição daquela sociedade integradora, para implementação de uma sociedade inclusiva. Passa-se a falar em barreiras e, estas, na representação dos entraves impeditivos ao acesso de bens legitimamente garantidos as pessoas com deficiência que devem ser removidos do contexto social. Diante de uma sociedade em constante implementação, a perspectiva da inclusão “pressupões que *todos* fazem parte de uma mesma comunidade e não de grupos distintos. Assim, para “deixar de excluir”, a inclusão exige que o Poder Público e a sociedade em geral ofereçam as condições necessárias para todos”.¹⁶

A presente atribuição comum e responsabilizadora apontada por Eugênia Fávero aproxima-se da compreensão crítica de Joaquín Herrera Flores para quem os “direitos humanos não podem existir num mundo ideal, naturalizado, mas que eles devem ser postos em prática por meio de uma ação social de construção da realidade”¹⁷. Como direito a todas as pessoas com deficiência e dever de todos que compartilham da mesma sociedade, o presente modelo social evidencia as

¹⁵ FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.45.

¹⁶ FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. p.38.

¹⁷ FLORES. Joaquín Herrera, A reinvenção dos direitos humanos. Constituição & Democracia. UnB – SindjusDF. Junho 2008. Disponível em: <https://terradedireitos.org.br/wp-content/uploads/2013/09/Texto-3.pdf>. Acesso em 25 jul. 2020

responsabilidades impostas a todos para construção de uma sociedade inclusiva.

Já no contexto da atual pandemia da Covid-19, o que se evidencia é um processo de relativização deste modelo social albergando a pessoa com deficiência.¹⁸ Ao que considera Boaventura de Souza “qualquer quarentena é sempre discriminatória”, mas, seu agravamento se dirige em face daqueles detentores de especial vulnerabilidade¹⁹.

No presente caso das pessoas com deficiência, a característica que os diferencia (seja física ou psíquica) pode invariavelmente acabar acentuando as dificuldades de enfrentamento aos procedimentos de prevenção ao contágio ou, ainda, em situações mais severas de tratamento a doença já contraída.

Há que se refletir sobre situações a que se expõe a pessoa com deficiência visual quando dependente do tato de suas mãos para locomover-se e/ou da utilização de bengala de apoio (que podem se transmutar em fator de contaminação pela ampla exposição e contato com superfícies). Pessoas com transtorno espectro autista para quem as mudanças abruptas em suas rotinas ou ao convívio social pode impactar em severas dificuldades de adaptação e compreensão; pessoas na condição de tetraplegia que dependam de auxílio de cuidadores para higiene cotidiana e constante lavagem das mãos, ou ainda, pessoas com deficiência auditiva para quem, o impedimento de visualização da expressividade do rosto daquele com quem se fala, pode-se revelar razão de seu impedimento a comunicação.

Todas essas situações quando se agregam a uma sociedade discriminadora em face da pessoa com deficiência “não lhes reconhecendo as suas necessidades especiais, não lhes facilitando acesso à mobilidade e às condições que lhes permitiriam desfrutar da sociedade como qualquer outra pessoa”²⁰, faz imperar o retrocesso ao chamado *capacitismo* e suas drásticas consequências na relativização do modelo social de deficiência.

¹⁸ DANTAS, Lucas Emanuel Ricci; BERNARD, Renato. Covid-19 e o retrocesso na inclusão de minorias: uma análise da pessoa com deficiência no Brasil. In: Covid-19 e o Direito Brasileiro: mudanças e impactos. MELO, Ezilda; BORGES, Lize; JUNIOR, Marco Aurélio. (org.). 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p.570.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. Coimbra: Almedina. 2020. p.15

²⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. p.20

A discriminação por capacitismo pauta-se propriamente na acepção entorno da chamada "corponormatização" ²¹ ou "corponormatividade" ²², que decorre precipuamente do julgo superficial de avaliação biomédica atrelada a um ideário de estrutura corporal eleita como sendo o "padrão correto" em detrimento daqueles que, por destoarem de tal estereótipo, assumam a condição de "inferiores, incompletos ou passíveis de reparação/reabilitação" ²³. Ao que define Fiona Kumari Campbell, o ponto fundamental do capacitismo é a *"creencia de que el impedimento o la discapacidad (sin importar de qué "tipo") es inherentemente negativo y debería, en caso de surgir la posibilidad, ser mejorado, curado, o incluso eliminado"* ²⁴. Desta compreensão, resultam propriamente atitudes capacitistas contra as pessoas com deficiência reveladas por meio de condutas indiferentes a responsabilidade social de inclusão ²⁵.

Desta forma e à medida que a presente situação de pandemia é agravada no contexto nacional, o que se constata sobre as atuações governamentais de enfrentamento a tal emergência direciona-se primordialmente em prol de uma padronização não atenta à percepção de uma coletividade de diferenças ²⁶. No atual cenário, buscam-se ações afirmativas de inclusão das pessoas com deficiência adequadas as necessidades desta nova realidade, mas, o saldo ainda é negativo e revelador do afastamento das responsabilidades adstritas ao modelo social de deficiência, levando-se assim, a sua relativização.

A presente situação de pandemia não permite esperas. A evidência da ausência de atuações estatais por meio de políticas públicas no contexto brasileiro

²¹ MOREIRA, Alexandre. et al., Guia Covid-19. Educação especial na perspectiva inclusiva. Disponível em: < https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/COVID-19_Guia7_FINAL.pdf>. p.8

²² MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, p. 3265-3276, out. 2016. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232016001003265&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 06 ago. 2020. p.3271.

²³ MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. p.3271.

²⁴ CAMPBELL, Fiona Kumari. Contra la idea de Capacidad: Una conversación preliminar sobre el capacitismo. Disponível em: < <https://bit.ly/32RuXxX>>. Acesso em 06 ago 2020. p.2.

²⁵ MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. p.3271.

²⁶ DIAS, Adriana. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal a narrativa capacitista social. p.11.

atentas às particularidades e ao agravamento das vulnerabilidades da pessoa com deficiência, traz a necessidade de que a proteção dos direitos humanos deste grupo social sejam, também, amparadas por diretrizes internacionais sob pena da relativização do modelo social implicar em verdadeiros retrocessos.

3. DIÁLOGOS ENTRE OS SISTEMAS DE PROTEÇÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA PARA ENFRENTAMENTO AO COVID-19

O diálogo que se propõe para o atual contexto fundamenta-se no reconhecimento vinculativo que as fontes internacionais assumem perante os Estados nacionais quando, ao ratificarem voluntariamente as declarações internacionais de direitos humanos, tornam-se responsáveis pela concretização de seus preceitos e pelo conhecimento daqueles instrumentos complementares (tais como diretrizes, recomendações, regulamentações, entre outros) que se revelem favorecedores a concretização do fim e do objeto almejado naquele tratado.

Há que se reconhecer que a aprovação de um tratado de direitos humanos não é um ato inócuo, ao que Flávia Piovesan frisa expressamente no sentido de que "quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa-fé"²⁷. Por tal medida, a ratificação da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência no âmbito brasileiro, instituiu as obrigações e diretrizes a serem observadas pelos Estados Partes em prol de todas as pessoas com deficiência amparados por sua tutela, inclusive, dedicando previsão específica a ser observada em situações de risco e emergências humanitárias.

Nos termos do artigo 11 da CDPP²⁸, ressalta-se a determinação convencionada para que, em situações de emergência humanitária, como a condizente com a da Covid-19, os Estados devem depreender todas as medidas necessárias em observância as suas obrigações decorrentes do direito internacional.

²⁷ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*. 2007.

O dever imposto ao Estado para proteção da pessoa com deficiência no atual enfrentamento, condiz com o dever de respeito ao “direito à diferença” que deve assegurar a este grupo social um tratamento amplo e individualizado em suas próprias características, fato que, se não cumprido, ensejará propriamente violação aos direitos humanos dessas pessoas.

Em contribuição a atuação dos Estados e, primordialmente, visando garantir que seja dispensada atenção necessária as pessoas com deficiência, a Organização das Nações Unidas, em relatório publicado em 06 de maio de 2020, estabelece ações e recomendações para uma reação inclusiva às pessoas com deficiência à crise gerada pelo Covid-19. Tal recomendação merece ser devidamente observada pelo Estado brasileiro enquanto mecanismo instrutivo e favorecedor ao cumprimento da CDPD, em especial, frente ao atendimento da excepcionalidade vivenciada pela pandemia e das vulnerabilidades exigidas pelas pessoas com deficiência que são orientadas nesta recomendação.

Diante do poder soberano do Estado, definido por Kegel e Amal²⁹ em seu âmbito externo e interno, como sendo o primeiro a condição de não estar subordinado a nenhum outro poder e, juridicamente o âmbito interno a condição de que “no território do Estado a Constituição é suprema e apenas as normas elaboradas pelo legislador nacional, ou as que por ele forem reconhecidas como tal, são válidas”³⁰, cabe o reconhecimento sobre a condição não vinculativa que a referida recomendação da ONU assume para o atual contexto na condição de instrumento de direito internacional *soft law*.

A expressão *soft law* não apresenta conceito único e invariável. Mazzuoli e Teixeira³¹ destacam a característica de sua representação às normas detentoras de “obrigações morais” dispostas aos Estados sem caráter cogente³². Embora careçam

²⁹ KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Européia e do Mercosul. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 52, n. 1, p. 53-70, jun. 2009.

³⁰ KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Européia e do Mercosul. p. 58-59.

³¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Rev. direito GV, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-241, jun. 2013.

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. p.202

de “valor propriamente jurídico”, são dotadas de valores programáticos por estarem estruturadas pelo princípio da boa-fé que as possibilitam de serem inseridas em “relações jurídicas embasadas em normas de *hard law*”³³. Nesse sentido, considera Alan Boyle que os instrumentos de *soft law* devem ser levados em consideração à medida que podem servir de mecanismos interpretativos ou ampliativos aos efeitos de um tratado³⁴.

Dentre a relevância que pode ser depreendida da *soft law*, infere-se sobre sua contribuição em prol da criação de determinados comportamentos sociais, ao que Fernando Gregório discorre como “uma forma de regular condutas sociais numa ótica de *peer pressure* (entre todos os atores internacionais)”³⁵. Dinah Shelton ainda atribui que sua identificação pode ser proveniente de qualquer instrumento internacional “que contenham princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento esperado”³⁶.

Uma vez admitida a não vinculação do uso de instrumentos *soft law*, sua utilização em prol da celeridade e adequação a necessidades excepcionais, mostra-se de grande contribuição que justificam seu apreço segundo a lógica cooperativa em específica finalidade, para o presente caso: amparo a pessoa com deficiência em consideração à situação de pandemia e respeito de suas vulnerabilidades. Nesse atendimento, a recomendação publicada pela ONU identifica quatro diretrizes para uma reação inclusiva das pessoas com deficiência.

Em primeiro plano, deve-se garantir a “integração da deficiência em todas as reações ao Covid-19 e recuperação, juntamente com ações visadas”³⁷. A combinação orientada de forma inicial releva a necessidade para que as pessoas com deficiência sejam incluídas nas medidas de enfrentamento à pandemia e não,

³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. p.219.

³⁴ “(...) other soft law instruments are used as mechanisms for authoritative interpretation or application of the terms of a treaty, and to that extent must be taken into account.” BOYLE, Alan. *Soft Law in International Law-Making*. In: *International Law*. Oxford: University Press, 2014, p.123.

³⁵ GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da *soft law* para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.95, abr. 2016.

³⁶ “(...) there is no accepted definition of soft law but it usually refers to any international instrument other than a treaty containing principles, norms, standards, or other statements of expected behaviour.” SHELTON, D. *International Law and Relative Normativity*. In: *International Law*. Oxford: University Press, 2014, p.159.

³⁷ UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19. p.2.

que tenham que se adaptar a elas. O caráter primordial desta diretriz fundamenta a assegurar que as pessoas com deficiência não sejam desfavorecidas, discriminadas ou afrontadas em grave prejuízo de sua dignidade, pelas barreiras já existentes e agravadas com a pandemia.

Para isso, algumas das principais ações que os governos podem adotar durante a pandemia visando a inclusão social das pessoas com deficiência e o resguardo de seus direitos fundamentais, pode ser relacionado pelo combate a barreiras atitudinais. Segundo nota orientativa da ONU³⁸, tais medidas devem implicar em instituir a proibição de negativa para concessão de tratamentos com base na deficiência com diretrizes sobre alocação de recursos escassos (como ventiladores ou acesso para cuidados intensivos); garantir a realização prioritária de testes em pessoas com deficiência que apresentarem sintomas; incentivar a pesquisas sobre o impacto do Covid-19 na saúde das pessoas com deficiência, como também, fornecer treinamento e conscientização dos profissionais de saúde para prevenir atitudes preconceituosas.

Em segundo plano, é primordial garantir a "acessibilidade de informação, instalações, serviços e programas de reação e recuperação do Covid-19". As barreiras sociais e dentre elas as de comunicação e do meio (como exemplo às urbanísticas e arquitetônicas), quando não combatidas, responsabilizam-se pela imposição de uma permanente quarentena na vida das pessoas com deficiência³⁹. É preciso reconhecer que em muitos casos as pessoas com deficiência não podem tomar decisões e viver de modo independentes e isoladas por si mesmas em quarentena. Dentro desta compreensão, exige-se que as medidas de enfrentamento a pandemia sejam moldadas considerando as exigências particularizadas das pessoas com deficiência.

É primordial que seja garantida a divulgação de informações adaptadas por meio da interpretação da linguagem de sinais, legendagem e formatos que sejam de fácil compreensão por todas as pessoas com deficiência, bem como, que estas possam ser efetivamente concretizadas por alcançar seus destinatários nos mais variados meios de comunicação. A flexibilização de determinadas regras em prol das

³⁸ UNITED NATIONS, Covid-19 and the rights of persons with disabilities: guidance. p.2

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. A cruel pedagogia do vírus. p.20.

peças com deficiência não pode ser compreendida como meras exceções, mas, sim, como adequações justas e necessárias às suas próprias vulnerabilidades. Por tal razão, e ainda neste contexto, a orientação da ONU aos Estados é que isentem a restrição do isolamento para aquelas pessoas com deficiência cuja privação se revele gravosa ao seu bem-estar e tratamento; estabeleçam horários de funcionamento prioritário para utilização dos estabelecimentos essenciais pelas pessoas com deficiência e seus cuidadores; promovam o desenvolvimento de redes de apoio as pessoas com deficiência e seus cuidadores incluindo que os ambientes sejam acessíveis e adaptados bem como, que isto se estenda a orientação de pais, professores e educadores para formação de ferramentas e materiais educacionais acessíveis que possam dar continuidade ao desenvolvimento acadêmico fora da escola.

A título de exemplo colaborativo entre os países, pode-se citar a Colômbia que desenvolveu uma rede comunitária de apoio recrutando pessoas voluntárias para auxílio de pessoas com deficiência em suas compras; no Panamá houve a designação de horário de funcionamento específico do comércio essencial para receber o comprador pessoa com deficiência e o Panamá e o Paraguai desenvolveram sistemas capazes de garantir acessibilidade nas informações importantes⁴⁰.

A terceira diretriz ressalta a necessidade de uma consulta significativa com a participação ativa das PCD e suas organizações representativas em todos os estágios de reação e recuperação do Covid-19. A escutatória ativa das organizações representativas e das pessoas com deficiência por meio de suas "perspectivas e experiências vividas de deficiência contribuem à criatividade, novas abordagens e soluções inovadoras para desafios". Desbravar o caminho obscuro de um contexto social despreparado a tempos de pandemia, se revela transponível somente se houver direcionamento por aqueles que possuam propriedade de fala em decorrência do seu modo de viver. No Canadá, houve a criação de um grupo consultivo com a participação de pessoas com deficiência e suas organizações representativas para "aconselhar o governo sobre questões específicas para a deficiência, desafios e

⁴⁰ UNITED NATIONS, Covid-19 and the rights of persons with disabilities: guidance. p.4.

lacunas sistêmicas e estratégias, medidas e medidas a serem tomadas"⁴¹.

A quarta e última diretriz, visa que sejam estabelecidos mecanismos de prestação de contas para garantir a desejável inclusão na reação ao Covid-19. O estabelecimento de mecanismos monitoradores sobre os investimentos destinados ao enfrentamento da pandemia em prol das pessoas com deficiência, garantem a existência de transparência, controle e responsabilização sobre as ações realizadas. Primordialmente, esta é uma diretriz de notável importância em face de ações que envolvam subsídios financeiros.

Levando-se em consideração que a renda e subsistência dos trabalhadores com deficiência possa ser comprometida ou agravada pela condição de estarem muitas vezes em empregos informais, impedidos de trabalhar ou de serem contratados, convivendo com possíveis desempregos de familiares que garantam seus cuidados, dentre tantas dificuldades que embora não sejam consideradas "novas" se tornaram demasiadamente gravosas, orientam-se ações de intervenção pelos Estados que promovam auxílio financeiro para pessoa com deficiência sem qualquer renda; majoração dos valores em adequação dos benefícios por incapacidades; apoio financeiro aos empregadores de pessoas com deficiência para permanência e adequação no desempenho do trabalho; programas de assistência as pessoas que não estejam beneficiadas por seguro-desemprego ou auxílio doença. A título de constatação dessas ações, Bulgária, Malta e Lituânia reforçaram o financiamento de seus sistemas sociais para expansão dos serviços de atendimento a beneficiários com deficiência, os Estados Unidos da América criou programas de alívio fiscal às pessoas com deficiência durante a pandemia, ainda, Argentina e Peru irão conceder valores adicionais para aqueles que recebam benefícios por incapacidade devido a crise do Covid-19⁴².

No âmbito do contexto nacional, a afirmativa sobre a "ausência de diretriz estratégica clara de enfrentamento à Covid-19"⁴³ foi exarada pelo Tribunal de Contas da União (TCU), em resultado a auditoria realizada pelo comitê de crise para acompanhamento das medidas adotadas pela administração pública federal em

⁴¹ UNITED NATIONS, Covid-19 and the rights of persons with disabilities: guidance. p.2

⁴² UNITED NATIONS, Covid-19 and the rights of persons with disabilities: guidance. p.5.

⁴³BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1616/2020. Processo 016.708/2020-2. Interessado: Walter Souza Braga Netto. Relator: Vital do Rêgo. 24 de junho de 2020.

enfretamento a pandemia⁴⁴. Dentre as principais agravantes desta constatação, infere-se ausência de observância de diretrizes como as exaradas pela ONU. O relator e Ministro Vital do Rêgo aponta para ausência de um modelo de gerenciamento integrado de riscos; inexistência de monitoramento da implementação das ações de enfrentamento à pandemia e avaliação dos resultados alcançados; ausência de coordenação, alinhamento do conteúdo e oportunidade da comunicação de governo acerca das estratégias e ações praticadas; fatores necessários para tranquilidade, confiabilidade e esclarecimentos que devem ser assegurados a população⁴⁵.

No contexto de tais levantamentos, o governo federal apresentou um plano de contingências para pessoas com deficiência durante a pandemia do coronavírus⁴⁶, como forma de tutelar as pessoas com deficiência em suas vulnerabilidades. Dentre as ações incluem-se a publicação de cartilha com orientações a Covid-19, vacinação prioritária contra gripe, repasse de valores para unidades de atendimento e alimentação da pessoa com deficiência. Entretanto, pela rasa intervenção governamental demonstrada na inexistência de diretrizes objetivas e previsibilidade de ações afirmativas em face deste grupo social, a sociedade permanece incitando clamores para que seja dirigida atenção merecida a questão.

É necessário que se estabeleçam diálogos atentos de consideração e relevância sobre as diretrizes exaradas pelo sistema ONU e as políticas públicas referenciadas por outros países como exemplo colaborativo para uma digna e respeitosa transição deste período em prol das pessoas com deficiência. A proposta para este diálogo é mais ampla que aquela contida na ideia de diálogos judiciais e fundamenta-se no reconhecimento de que “os direitos humanos configuram uma promessa de diálogo entre as diferenças”⁴⁷ e, para isso, ao que considera Luiz Conci *“este processo de observación recíproca ocorre em los más diversos espacios*

⁴⁴BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1616/2020. Processo 016.708/2020-2. Interessado: Walter Souza Braga Netto. Relator: Vital do Rêgo. 24 de junho de 2020.

⁴⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1616/2020. Processo 016.708/2020-2. Interessado: Walter Souza Braga Netto. Relator: Vital do Rêgo. 24 de junho de 2020.

⁴⁶BRASIL. Governo lança plano para diminuir impacto na vida de pessoas com deficiência durante pandemia. Governo do Brasil. Disponível em: < <https://bit.ly/32S4ssv> >. Acesso 14 ago 2020.

⁴⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. Deferência e pluralismo no *ius constitutionale commune* latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 18.

decisorios estatales, como en la Administración pública o en las cámaras legislativas"⁴⁸.

Considerar e adequar para as particularidades nacionais as diretrizes ofertadas corresponde a uma forma de demonstração de vontade política ao cumprimento da então ratificada Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), reforçada pelo entendimento de Ana Claudia Santano sobre o qual "os países devem tomar mais a sério os tratados internacionais sobre direitos humanos em seu sentido material. Posturas formais, como a adesão a todos os tratados sem que se efetive na prática em seu plano interno o que foi ratificado, é uma contradição que não pode ser aceito, mas que, lamentavelmente, ainda é o paradigma entre os países latino-americanos"⁴⁹.

Assim, o objetivo proposto ao presente artigo científico se concretiza ao evidenciar os preceitos orientadores de resguardo das pessoas com deficiência que merecem ser dialogados diante da ausência de atuações governamentais protetivas na extraordinária situação pandêmica. Referendar tais diretrizes norteadoras dos direitos humanos que servem às pessoas com deficiência vêm de encontro ao compromisso apresentado por Herrera Flores de "colocar frases", nas palavras deste professor espanhol "(...) a verdade é posta por aqueles que lutam pelos direitos. A nós compete o papel de colocar frases. E esse é o único modo de ir completando a teoria com a prática e com as dinâmicas sociais: chave do critério de verdade de toda reflexão intelectual"⁵⁰.

CONCLUSÃO

A ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência representa nacionalmente o principal marco de vitória sobre os direitos e deveres sociais em face de todas pessoas com deficiência deste país. Dentre as

⁴⁸ ARCARO CONCI, Luiz Guilherme. Mercosur, integracion regional y derechos humanos en un proceso multinivel. Estudios constitucionales, Santiago, v. 13, n. 2, p. 125-152, 2015.

⁴⁹ SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A&C. Revista de direito administrativo & constitucional (impresso), v. 19, p. 273300, 2019. p.296.

⁵⁰ FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. p. 25.

contribuições advindas com o recepcionamento da Convenção, cabe ser referendada a instituição do modelo social de deficiência e a releitura sobre normas e condutas direcionadas a este grupo. É a partir da Convenção e, como reflexo de seus preceitos, que nasce por força obrigacional o microssistema de proteção da pessoa com deficiência representado pela Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/2015).

O rompimento de estereótipos e dos padrões limitativos de tutela da pessoa com deficiência reflete a obrigação voluntariamente assumida pelo Estado de assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos, sem qualquer tipo de discriminação das pessoas com deficiência. A adoção de medidas legislativas e administrativas; criação de programas e políticas públicas; implementação de medidas aptas a eliminação de discriminação em decorrência da deficiência; fornecimento de informações acessíveis, dentre outras atribuições, derivam dos deveres gerais impostos a todos os Estados partes para realização dos direitos reconhecidos na presente Convenção.

A mudança de realidade a todos imposta com a epidemia do novo coronavírus, trouxe consigo dificuldades próprias para adoção de medidas preventivas de contágio e remediadoras aos casos de ocorrência da doença, porém, não afastou da responsabilidade os deveres adstritos de proteção e promoção dos direitos humanos das pessoas com deficiência, sem qualquer limitação ou exceção.

Entretanto, a realidade que se evidencia é confirmatória da desproteção das pessoas com deficiência. A medida que se constata a abstenção de medidas de enfrentamento, relevantes a condição de vulnerabilidade que cotidianamente estão sujeitas as pessoas com deficiência, acentua-se a desconsideração das obrigações impostas a construção e conservação de uma sociedade inclusiva atenta ao reconhecimento que deficiente é o meio social quando não contribui para remoção e não criação de barreiras atitudinais, urbanísticas, arquitetônicas, comunicacionais, dentre tantas outras.

Deste modo, este trabalho considera que as diretrizes instituídas pela Organização das Nações Unidas (ONU), para inclusão das pessoas com deficiência ao enfrentamento da Covid -19, merecem ser valoradas pelo governo brasileiro mediante diálogo contributivo que adeque as diretrizes elencadas ao contexto nacional. Este diálogo será interpretado como forma de respeito ao compromisso

assumido em prol das pessoas com deficiência e reconhecimento sobre a importância da cooperação internacional para melhor condição de vida das pessoas com deficiência, especialmente, em tempos de pandemia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARCARO CONCI, Luiz Guilherme. Mercosur, integracion regional y derechos humanos en un proceso multinivel. Estudios constitucionales, Santiago , v. 13, n. 2, p. 125-152, 2015 . Disponible en < <https://bit.ly/3co8coo> >. accedido en 20 feb. 2020.

BOYLE, Alan. Soft Law in International Law-Making. In: International Law. Oxford: University Press, 2014, p.123. Disponível em:< <https://bit.ly/2RMihIL>>. Acesso em 15 ago 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1616/2020. Processo 016.708/2020-2. Interessado: Walter Souza Braga Netto. Relator: Vital do Rêgo. 24 de junho de 2020. Disponível em:< <https://bit.ly/3hWdsAN>>. Acesso em 15 ago 2020.

CAMPBELL, Fiona Kumari. Contra la idea de Capacidad: Una conversación preliminar sobre el capacitismo. Disponível em:< <https://bit.ly/32RuXxX> >. Acesso em 06 ago 2020.

DANTAS, Lucas Emanuel Ricci; BERNARDI, Renato. Covid-19 e o retrocesso na inclusão de minorias: uma análise da pessoa com deficiência no Brasil. In: MELO, Ezilda; BORGES, Lize. SERAU JÚNIOR, Marco Aurélio (coord.). Covid-19 e o direito brasileiro. Mudanças e impactos. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2020, p. 561-574, p. 570.

DIAS, Adriana. Por uma genealogia do capacitismo: da eugenia estatal a narrativa capacitista social. Anais do I Simpósio Internacional de Estudos sobre a Deficiência. São Paulo. 2013. Disponível em:< http://www.memorialdainclusao.sp.gov.br/ebook/Textos/Adriana_Dias.pdf>. Acesso em 12 ago. 2020

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. Direitos das pessoas com deficiência: garantia de igualdade na diversidade. Rio de Janeiro: WVA, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. A (re)invenção dos direitos humanos. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

_____. A reinvenção dos direitos humanos. Constituição & Democracia. UnB – SindjusDF. Junho 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3hQcNAZ>. Acesso em 25 jul. 2020.

GREGÓRIO, Fernando da Silva. Consequências sistêmicas da soft law para a evolução do direito internacional e o reforço da regulação global. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v.95, abr. 2016.

KEGEL, Patrícia Luíza; AMAL, Mohamed. Instituições, Direito e soberania: a efetividade jurídica nos processos de integração regional nos exemplos da União Européia e do Mercosul. *Rev. bras. polít. int.*, Brasília, v. 52, n. 1, p. 53-70, jun. 2009. Disponível em < <https://bit.ly/3hXzNOp> >. acesso em 20 fev. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Método. 2014. _____; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 199-241, jun. 2013. Disponível em < <https://bit.ly/3mE3WpD> >. acesso em 20 fev. 2020.

MELLO, Anahi Guedes de. Deficiência, incapacidade e vulnerabilidade: do capacitismo ou a preeminência capacitista e biomédica do Comitê de Ética em Pesquisa da UFSC. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 10, p. 3265-3276, out. 2016. Disponível em < <https://bit.ly/3hQDANy> >. acessos em 06 ago. 2020.

MELO, Ezilda; BORGES, Lize; JUNIOR, Marco Aurélio. (org.). 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

MOREIRA, Alexandre. et al., Guia Covid-19. Educação especial na perspectiva inclusiva. Disponível em:< https://media.campanha.org.br/acervo/documentos/COVID-19_Guia7_FINAL.pdf>. Acesso em 15 ago 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. Deferência e pluralismo no *ius constitutionale commune* latino-americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos. Tese (Doutorado), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

PALACIOS, Agustina., BARIFFI, Francisco. La Discapacidad como una cuestión de derechos humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Madrid: Grupo editorial Cinca. 2007.

Pandemia tem forte impacto para pessoas com deficiência, Notícias da UFMG, Belo Horizonte, 15 de maio de 2020. Disponível em: <https://ufmg.br/comunicacao/noticias/pandemia-tem-forte-impacto-para-pessoas-com-deficiencia>. Acesso em: 05/06/2020, n.p.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em < <https://bit.ly/35X2NUh> >. acesso em 20 fev. 2020.

RAMÍREZ, José de Jesús Becerra; CAMARENA, Adrián Joaquín Miranda. El uso del canon internacional de los derechos humanos. *Opinión Jurídica*, Vol. 12, N° 24, pp. 1734, Julio-Diciembre de 2013.

ROSENVALD, Nelson. O modelo social de direitos humanos e a Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência – o fundamento primordial da Lei nº 13.146.2015. p.91-110. In: *Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas- Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão*. MENEZES, Joyceane Bezerra de. (org.) Rio de Janeiro: Processo, 2016.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C. Revista de direito administrativo & constitucional* (impresso), v. 19, p. 273300, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina. 2020.

SHELTON, D. *International Law and Relative Normativity*. In: *International Law*. Oxford: University Press, 2014, Disponível em:< <https://bit.ly/3clSw5g>>. Acesso em 15 ago 2020.

UNITED NATIONS, Policy Brief: A Disability-Inclusion Response to Covid-19, maio 2020. Disponível em:< <https://unsdg.un.org/sites/default/files/2020-05/Policy-Brief-A-Disability-Inclusive-Response-to-COVID-19.pdf>>. Acesso em 12 ago 2020.

_____. COVID-19: Who is protecting the people with disabilities? – UN rights expert. Disponível em:<<https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25725&LangID=E>>. Acesso em 14 ago.2020.

45. FALHA NA TESTAGEM DA VACINA CONTRA A COVID 19: POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL

FAILURE TO TEST VACCINE AGAINST COVID 19: POSSIBILITY OF CIVIL RESPONSIBILITY



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-45>

Robério Fontenele de Carvalho¹

RESUMO

Este estudo tem por finalidade analisar a criação de vacinas contra a Covid-19, e a verdadeira corrida mundial para elaboração de tal vacina. Admite-se ante a velocidade das pesquisas, que podem ocorrer eventos adversos pós vacinação, pela falta de testagem ou mitigação nas testagens para decorberta de efeitos adversos. Apura-se, assim, o risco de dano, mesmo em percentual insignificante, levando-se em conta que vivemos submetidos a uma Constituição solidária, que prevê como um dos objetivos fundamentais da República, construir uma sociedade justa e solidária. Configura-se como injusto que uma pessoa sofra um dano, mesmo com os benefícios para as demais, como caso em análise, em que se admite possibilidade de falha no estudo ou falta de testagem da vacina contra a Covid. Entende-se que os danos decorrentes de tal vacina acarretam danos injustos que devem ser reparados pelos caudadores, sejam laboratórios particulares, clínicas de vacinação ou a própria União. Trata-se de estudo descritivo, de revisão de literatura, de natureza qualitativa sobre a responsabilidade civil por eventos danosos posteriores à vacinação, que podem resultar em danos injustos a pessoa singular indevidamente atingida. Palavra chave: Dano Injusto, Responsabilidade Civil, Vacina, Covid 19, Testagem.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the creation of vaccines against Covid-19, and the real world race to re-develop this vaccine. It is admitted in light of the speed of research, that adverse events may occur after vaccination, due to the fact of testing or mitigation in the tests to cover such adverse effects. Thus, the risk of damage is ascertained, even in an insignificant percentage, taking into account that we live under a solidary constitution, which has as one of the fundamental objectives of the Republic, building a just and solidary society. It is unfair for a person to suffer harm, even with the benefits of others, as in the case of an analysis where it is admitted that

¹ . Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Professor Assistente da Universidade de Fortaleza, nas Disciplinas Direito do Consumidor e Estágio IV, Advogado, Analista Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará: roberiocarv@unifor.br.

there is a possibility of failure in the study or lack of testing of the vaccine against Covid. It is understood that the damages resulting from such a vaccine imply unfair damages that must be repaired by the damage providers, whether they are private laboratories, vaccination clinics or the Union itself. This is a descriptive study of literature review, of a qualitative nature on civil liability for harmful events after the vaccination, which can result in unfair damages to a natural person unduly affected. Keyword: Unfair Damage, Civil Liability, Vaccine, Covid 19, Testing.

INTRODUÇÃO

Existe, hoje, no mundo, uma corrida para produção da vacina contra a COVID-19. A Rússia vem anunciando a produção de referida vacina. A Inglaterra, em igual sentido, se empenha em produzi-la, através de esforço comum entre a farmacêutica AstraZeneca e a Universidade de Oxford.

A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que pode levar pessoas a quadros respiratórios graves e até mesmo a morte. As expectativas mais realistas dão conta que a única possibilidade efetiva de seu controle é a produção de uma vacina e sua aplicação mediante campanha pública, que poderá ainda ser complementada por clínicas particulares de aplicação de vacinas, que têm a possibilidade de atender a parte mais abastada de recursos da população, embora esse grupo social seja de mínima quantidade, levando-se em conta o quadro populacional e a distribuição de riqueza no Brasil.

De conhecimento geral que a vacina é um processo imunológico, em que se desenvolve no organismo dos seres, uma proteção contra agentes infecciosos, por meio de substâncias artificiais que são inseridas no corpo ser vivo. As vacinas são, portanto, tecnologia médica de alto grau de eficiência.

A importância do programa vacinal brasileiro, ante a sua efetivação continuada, nos levou a uma falta de percepção de sua importância social, até que se observou a inexistência de uma vacina capaz de debelar a evolução da Covid-19. Vive-se, ainda, apesar da retomada da economia, um período de reclusão social aos grupos de risco e a paralisação ou mitigação da maioria das atividades, como forma de impedir o surgimento de um chamada "segunda onda" da pandemia, observando-se que diversos setores, como é o caso do educacional, tem funcionado por meio do

ensino a distancia, e outros que têm funcionado com severas restrições, como é o caso dos restaurantes, cujo funcionamento tem limitação da ocupação de mesas.

Como se observa, a busca da produção de uma vacina como forma de eliminar a grave pandemia vivida no país, nos leva a refletir sobre o tema central desse estudo: a possibilidade de falha na testagem da vacina contra o Covid-19 e a possibilidade de responsabilidade civil do Estado perante os particulares.

Tem-se a vacina como o mais importante instrumento de implementação da saúde coletiva e individual. A política oficial de vacinação do Estado é desenvolvida com absoluta eficiência, de maneira tal que a comunidade médica, sem qualquer dissidência defende a vacina como sendo a principal forma de erradicação das doenças epidemias. Entretanto, o estudo persegue a possibilidade de ocorrência de grave dano a pessoa determinada, pela pressa na testagem das vacinas, analisando-se tal fato jurídico sob a perspectiva daquele que sofreu uma grave e insuportável injustiça, decorrente de um efeito adverso pós vacinação, que pode ser ensejador da responsabilidade civil do Estado ou mesmo de particulares.

Funda-se a análise a partir da teoria do risco administrativo², pela qual a atividade estatal não deve causar danos, ou mesmo expor as pessoas a risco de danos. Se a atividade estatal resultar em um dano, surgirá o dever de indenizar com a aplicação da responsabilidade civil objetiva, apurando-se, apenas, a existência de evento danoso e nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão administrativa. De outra banda, apura-se a responsabilidade civil dos laboratórios farmacêuticos e das clínicas de vacinação particulares, ante a existência do risco da atividade econômica dos fornecedores particulares, que igualmente adota a responsabilidade civil objetiva³ dos fornecedores.

Com esse entendimento, o objeto do estudo é apurar se a União, sendo conhecedora da possibilidade de falta de testagem suficiente, que poderá acarretar os efeitos adversos pós vacinação e mesmos os fornecedores, laboratórios farmacêuticos e clínicas de vacinação, ao submeterem uma determinada pessoa a riscos pelo recebimento de vacina, são causadoras de um dano que deve ser

² MELO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo, 15. ed. Malheiros, 2014.

³ Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto/ Ada Pellegrini Grinover...[et al]. - 10.ed.revista, atualizada e reformulada –Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1.º a 80 e 105 a 108)

considerado como um dano injusto, e se na ocorrência desse efeito adverso pós vacinal, deve ser compreendido como uma violação do direito a personalidade daquele que foi injustamente atingido.

Busca-se também verificar a responsabilidade civil ante dano injusto causada a pessoa singular, analisando-se as decisões de segundo grau e do STJ. Delimita-se este estudo ao Acórdão proferido pela Desembargadora Vivian Caminha na Apelação Cível Nº 5003127-71.2018.4.04.7115/RS, e decisão singular do Ministro Edson Fachin do STF, respectivamente, decisões monocráticas RE 1171785/PR.

1. A BUSCA DE UMA VACINA PARA COMBATER A PANDEMIA DO COVID-19

Uma das maiores preocupações do mundo é desenvolver uma vacina contra a COVID-19, sendo importante observar que não haverá prazo para testagem exaustiva e segura sobre as possibilidades de suas reações adversas. O quadro gravíssimo vivido pelas nações, nos dias de hoje, revela a importância do presente estudo, que apura a possibilidade de falha na testagem da vacina contra o Covid-19 e a possibilidade de responsabilidade civil do Estado e dos particulares que atuem na produção de vacina e no serviço de sua aplicação.

A modernidade dos meios de aviação e o barateamento do custo das passagens aéreas, a existência da União Europeia, os mercados comuns, como o Mercosul, de fato, nos dão a impressão de que as fronteiras nacionais e internacionais, tornaram-se meras linhas geográficas, sem imposição de barreiras, possibilitando danos que não podem ser contidos, típicos da moderna sociedade de risco.

Yuval Noha Harari⁴, em análise que fez dessa pandemia, alertou para necessidade de se compreender a natureza das epidemias, pois sua propagação em qualquer país põe em risco toda espécie humana. A possibilidade da transmissão mundial de um vírus, por meio da aviação civil, sempre foi previsível, pois decorrente da evolução econômica e tecnológica mundial, que, na traduzido pela compreensão

⁴ HAHARI, Yuvar Nuah Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade (Breve Companhia), Editora Schwarcz S.A, São Paulo, 2020, acessível: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B086H52P1N>, p. 83, consulta 19.05.2020

de Bruno Carrá⁵, os riscos da modernidade acompanham a evolução humana. Ulrich Beck⁶ classificou esses riscos da novas tecnologias do desenvolvimento como de complexa apuração de resultados, pois “não se esgotam, em efeitos já ocorridos, exprime-se sobretudo um componente futuro”.

Para produção de vacinas para combater o Covid-19, tem-se notícias de atividades multinacionais que unem entidades de nações diferentes em franca colaboração para desenvolvimento de mencionada vacina. Na Rússia, foi desenvolvida a vacina A Sputnik-V, que despertou, que pela rapidez de sua produção gerou desconfiança do mundial sobre qualidade de suas pesquisas, e suspeita de espionagem industrial através de *hakers*.

Como forma de legitimar a vacina russa, o chefe do fundo estatal que financia o projeto, Instituto Gamaleya, de Moscou, afirmou que está⁷ tão confiante em sua vacina contra Covid-19 que dividirá alguns dos riscos legais, se algo der errado, em vez de exigir que os compradores assumam todo o risco. A posição adotada pela Rússia deixa antever a preocupação dos produtores das vacinas com possibilidade de pedidos de indenização civil, que podem ocorrer em valores efetivamente altos, em caso de efeitos colaterais inesperados, por EAPV.

Recentemente, na data de 08.09.2020, a farmacêutica AstraZeneca e a Universidade de Oxford suspenderam de forma temporária a última etapa de testes (fase 3) da futura à vacina contra a Covid-19, o protocolo de segurança foi acionado após uma⁸ voluntária no Reino Unido apresentar uma reação adversa que poderia estar vinculada a vacina.

A ANVISA informou que no Brasil, não há relato de eventos adversos graves em voluntários, e apurou-se, posteriormente que o efeito inesperado não teve relação com a vacina aplicada. A investigação sobre tal fato foi conduzida por um comitê

⁵ CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara Responsabilidade civil sem dano: uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta / Bruno Leonardo Câmara Carrá. – São Paulo: Atlas, 2015.pg.16.

⁶ Beck, Ulrich, 1944- Sociedade de risco: rumo a outra modernidade/Ulrich Beck; tradução de Sebastião Nascimento – São Paulo: Ed. 34, 2010. Pag 39.

⁷ <https://www.terra.com.br/noticias/mundo/estamos-confiantes-russia-dividira-riscos-legais-da-vacina-de-covid-19,d5d971db3b91c82b31e3fd8019cafdc0t6a342tz.html>, consulta 24.09.2020, 19:01hs.

⁸ http://portal.anvisa.gov.br/en_US/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/suspensao-dos-testes-da-vacina-da-astrazeneca/219201?p_p_auth, consulta 24.09.2020, 20:09

independente de segurança, obrigatório para qualquer estudo clínico regulatório, composto por pesquisadores internacionais que não estejam vinculados ao estudo para e julgar a causalidade do evento.

No dia 23.09.2020⁹, a farmacêutica americana Johnson & Johnson iniciou a fase final de testes de sua vacina contra o novo coronavírus. Tais testes serão realizados em cerca de 60 mil pessoas de três continentes. A vacina multinacional americana terá apenas uma dose e será testada nos Estados Unidos, Brasil e África do Sul, entre outros. O laboratório americano pretende ter resultados dos testes no início de 2021, a J&J tem a expectativa de que uma única dose de sua vacina seja capaz imunizar as pessoas da covid-19.

2. A TIPICIDADE DA VACINAÇÃO NO BRASIL

No Brasil, o Programa Nacional de Imunizações (PNI) foi criado pela Lei nº 6.259/75, devidamente regulamentada pelo Decreto n. 78.231/76, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Epidemiológica, como forma de organizar a política nacional de vacinação. Conforme o art. 27, do Decreto n. 78.231/76, tem-se que são obrigatórias, as vacinações contra as doenças controláveis por essa técnica de prevenção, consideradas relevantes no quadro nosológico nacional.

Essa política de vacinação controlada e regulada pela União Federal, nem sempre foi pacificamente aceita pela população brasileira. Em 1904, na cidade do Rio de Janeiro, então capital do Brasil, houve uma autêntica revolução social, opondo-se, o povo, a vacinação obrigatória contra a varíola, determinada pelo então presidente Rodrigues Alves (1902-1906)¹⁰. O tema vem historiado na obra: *A Revolta da Vacina, Mentos Insanas em Corpos Rebeldes* de Sevcenko, Nicolau, obra

⁹ <https://exame.com/ciencia/johnson-johnson-inicia-fase-final-de-testes-de-vacina-contracovid-19/>, consulta 24.09.2020, 20:23hs.

¹⁰ No Brasil, o uso de vacina contra a varíola foi declarado obrigatório para crianças em 1837 e para adultos em 1846. Mas essa resolução não era cumprida, até porque a produção da vacina em escala industrial no Rio só começou em 1884. Então, em junho de 1904, Oswaldo Cruz motivou o governo a enviar ao Congresso um projeto para reinstaurar a obrigatoriedade da vacinação em todo o território nacional. Apenas os indivíduos que comprovassem ser vacinados conseguiriam contratos de trabalho, matrículas em escolas, certidões de casamento, autorização para viagens etc. in: FIOCRUZ 105 anos, Disponível em <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2> Acesso em 30 de maio de 2020, 19:36h.

disponibilizada digitalmente pela editora Le Livros¹¹, de livre acesso pela rede mundial de computadores, que tem como “fator imediatamente deflagrador da Revolta da Vacina foi a publicação, no dia 9 de novembro de 1904, do plano de regulamentação da aplicação da vacina obrigatória contra a varíola”.

Na modernidade, um movimento antivacinas tomou corpo após publicação, em 1988, de artigo científico do médico inglês Andrew Wakefield¹², e outros 11 pesquisadores, na revista *Lancet*, sugerindo que a elevada carga de antigênicos da vacina contra sarampo, rubéola e caxumba (chamada de tríplice ou “MMX”), poderia ser causadora de EAPV como inflamações intestinais e associou o aumento do número de crianças autistas à vacina. Posteriormente, descobriu-se que os dados eram falsos, e que referido médico, na verdade, recebia pagamentos de advogados em processos por compensação de danos vacinais¹³, sendo a revista *Lancet* obrigada a se retratar.

No Brasil, a questão da obrigatoriedade de determinadas vacinas já foi analisada pelo judiciário, tendo se firmado o entendimento de que a vacinação não se constitui apenas em direito individual, mas um direito coletivo, uma vez que tem por objeto a diminuir ou até mesmo a erradicar de doenças, sendo uma forma de garantir a saúde do indivíduo e de toda a população, portanto, acima da escolha pessoal, ante a supremacia do direito da coletividade sobre o direito da pessoa individual.

3. O DIREITO A SAÚDE E A POSSIBILIDADE DE EAPV

O direito a saúde, analisado em cotejo com o princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, obtém status de direito fundamental, por corresponder ao próprio direito a vida constante do caput do artigo 5º, da Carta de

¹¹ NICOLAU, Sevcenko. A Revolta da Vacina, Mentis Insanas em Corpora Rebeldes A Revolta da Vacina: mentes insanas

em corpora rebeldes: Nicolau Sevcenko, São Paulo: Cosac Naify, 2013, p.10.

¹² WAKEFIELD, Andrew J. MMR vaccination and autism. *The Lancet*, Volume 354, Issue 9182, 949 – 950 Disponível em:

<http://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140673605756968/fulltext>.

Acesso.28.05.2020

¹³ <https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/por-que-antivacinas-optam-por-nao-imunizar-seus-filhos/>, acesso 03.05.20, 22:47hs

1988, emergindo do texto constitucional como direito de todos e dever do Estado, pela implantação por políticas públicas, com objeto de mitigar o risco ou proliferação de doenças.

Em nosso texto constitucional, a saúde se apresenta como direito social, garantido por meio de políticas públicas de caráter universal, e torna-se direito subjetivo público, à medida em que a sua prestação se afigura como indispensável a preservação da vida. O dever de vacinar, é decorrente do seu artigo 196, que trata a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, observado o Princípio da Reserva do Possível e o rateio dos custos.

No que se refere a política vacinal brasileira, observa-se que o Estado vem atuando com eficiência, tanto que a comunidade médica é uníssona em defender a vacinação como instrumento de erradicação de epidemias. Nas últimas décadas o Brasil realizou, entre outras, campanhas de vacinação contra a *influenza*, Vacina Meningocócica ACWY (conjugada), Pneumocócica conjugada 13-valente, contra o papilomavírus humano 6, 11, 16 e 18, vacina HPV quadrivalente e meningocócica C (conjugada), e hepatite. Informes técnicos do Ministério da Saúde, que revelam a possibilidade eventos adversos pós-vacinação, como é o caso do informe técnico da 22ª Campanha Nacional de Vacinação¹⁴ contra a Influenza.

Referido informe técnico adverte sobre a possibilidade de eventos adversos pós-vacinação (EAPV), sendo a grande maioria deles não graves, entretanto, narra a possibilidade de manifestações neurológicas e que raramente a aplicação a vacina pode anteceder o início da Síndrome de Guillain-Barré (SGB) à frequência de 1 caso por milhão de doses administradas, é muito menor que o risco de complicações da influenza que podem ser prevenidas pela imunização.

Já o documento técnico que trata da vacina meningocócica ACWY alerta ser a vacina potencial desencadeadora de esclerose múltipla. A Nota Técnica do ano de 2020, do Ministério da Saúde, que a nível federal traz orientações técnico-

¹⁴ Informe Técnico 22ª Campanha Nacional de Vacinação contra a Influenza <https://saude.es.gov.br/Media/sesa/PEI/Informe%2022%C2%AA%20Campanha%20Nacional%20de%20Vacina%C3%A7%C3%A3o%20contra%20-%2016%2003%202020%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>, consulta 12.05.2020, 00:25hs

operacionais para a Vacinação dos adolescentes com a Vacina Meningocócica ACWY (conjugada)¹⁵, apresenta informações de evidências científicas atuais que são insuficientes para aceitar ou rejeitar a relação causal entre as vacinas meningocócicas conjugadas ACWY-D e ACWY-CRM197 e encefalite, encefalopatia, Encefalomielite Disseminada Aguda (ADEM), mielite transversa, polineuropatia crônica inflamatória, esclerose múltipla, Síndrome de Guillain-Barré e cefaleia crônica.

Na França, casos de esclerose múltipla foram associados à aplicação da vacina contra a hepatite B¹⁶. Na Itália, em setembro de 2014, o Programa Nacional de Compensação de Danos das Vacinas¹⁷ noticiou que a vacina Infanrix Hexa, contra a poliomielite, difteria, tétano, hepatite B, coqueluche e influenza tipo haemophilos B, estava induzindo o autismo permanente, por conter em sua composição Timerosal e várias formas de alumínio, substâncias apontadas como causa do autismo.

Na realidade, a colocação de vacinas em campanhas e imunização em todo o mundo, apontam para possibilidade de efeitos adversos pós vacinal, no caso em estudo, ante a corrida para criação da vacina contra a Covid-19, tal hipótese parece bem mais acentuada. Esses efeitos indesejados que poderão ser produzidos pelas novas vacinas contra a Covid-19, ante a falta de testagem, constatando-se uma falha de pesquisa, que pode causar dano injusto à pessoa singular, e esse dano injusto impõe ao Estado, ou mesmo ao fornecedor privado da vacina ou do serviço privado de vacinação, o dever de reparação civil a aquele que sofreu mazela, a dizer de Menezes¹⁸ esses eventuais efeitos adversos não podem ser tratados como mera externalidade ou caso fortuito.

¹⁵Informe Técnico - Vacina Meningocócica ACWY, acessível:<https://www.cosemsg.org.br/site-do-cosems/63-ultimas-noticias-do-cosems/2686-informe-tecnico-vacina-meningococica-acwy-conjugada>, consulta 12.05.2020, 00:57hs

¹⁶ Houézec D. Evolução da Esclerose Múltipla desde o começo da vacinação contra a hepatite B. [Online].; <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25395338/>, Consulta 06 de junho 2020.

¹⁷ Benson J. Italian court rules mercury and aluminium in vaccines cause autism: US media continues total blackout of medical truth. [Online]. https://www.naturalnews.com/048888_vaccHexa.html

¹⁸ Menezes e Serpa, op. Citada.

4. DA REPARAÇÃO DANOS POR EFEITOS ADVERSO PÓS VACINAÇÃO

Diferentemente do direito privado, onde responsabilidade civil tem origem sempre em um ato violador da lei, no direito administrativo a responsabilidade civil pode ter origem em atos ou comportamentos que, mesmo que lícitos, possam causar danos às pessoas ou a coletividade. Aqui, não se pretende a redução do Programa Nacional de Imunização, apenas defende-se a possibilidade de reparação a um dano decorrente e evento adverso sofrido pós de vacinação publica, que traga dano a saúde de determinada pessoa, sabendo-se que este dano, por insignificância estatística, não desautorizam implementação das campanhas de vacinação, aos moldes que hoje ocorrem no nosso país.

O dever de indenizar se funda na injustiça do dano sofrido, e não numa ilicitude da conduta do agente. Tepedino¹⁹ entende que princípio da solidariedade social autoriza a reparação de danos, mesmo na ausência da prova do nexo de causalidade direta entre a conduta e o dano causado.

Embora no âmbito privado pouco se discuta sobre o dano vacinal, tem-se por paradigma para fixação de danos a serem reparados, decisão Tribunal Regional Federal da 4ª Região, prolatado na APELAÇÃO CÍVEL Nº 5003127-71.2018.4.04.7115/RS, que teve com relatora Desembargadora Federal Viviam Josete P. Caminha, que trata de processo em que menor, relativamente incapaz, representada por sua genitora, requereu em face da União o pagamento de pensão vitalícia a partir da data em que recebeu vacina contra o vírus HPV, oportunidade em que passou a apresentar hematomas, menorrágia, com evolução para púrpura trombocitopênica e Lúpus.

O direito a reparação de danos da menor decorria do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que aplica a responsabilidade civil objetiva às pessoas de direito público pela reparação dos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. Assim, caberia a pequena vítima comprovar o nexo causal entre a doença e a vacina que foi submetida, bem como a influência da sintomática

¹⁹ MATOS ,Ana Carla Harmatiuk ,TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado ,TEPEDINO, Gustavo in: Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil/. – Belo Horizonte: Fórum, 2019.

reduzidora de sua capacidade laborativa. Importa destacar que o Código Civil de 2002, no mesmo sentido da Constituição Federal, também adotou a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público em seu art. 43, tipo de responsabilidade que também foi adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, em seus artigos 12 e 14.

O acórdão, como a maioria das decisões dos tribunais superiores, aplicou a teoria do risco administrativo, pela qual a atividade estatal não deve trazer riscos ou danos aos cidadãos. A julgadora, atenta as atividades desenvolvidas no PNI, reconheceu ser a União responsável pela campanha de vacinação contra o HPV para meninas de 09 a 13 anos, e por fornecer por meio de propaganda governamental informações de segurança e eficácia da vacina, a origem do dano injusto deu-se na esfera federal, a partir de um ato comisso, com aplicação da responsabilidade objetiva ao caso.

Como prova, a magistrada utilizou o "Formulário para Notificação de Eventos Adversos Pós-Vacinação (vacina, soro ou imunoglobulina) do Programa Estadual de Imunização/Rs" (ev. 39, OFIC1, p. 6/7 do processo 50047700620144047115). Na instrução processual foram realizadas duas perícias médicas. No segundo laudo pericial, a experta médica esclareceu que a autora apresentou quadro de púrpura trombocitopênica após a vacina, e que relativamente a doença de Lúpus (CID 10 M32.9), a vítima foi diagnosticada por médica reumatologista em março de 2015. Afirmou que, embora os eventos sejam distintos, é possível que ambos tenham sido causados pela vacina. Contudo, sem grau de certeza, e que, apesar de raros, são muito fortes os indícios de relação entre a vacinação do HPV e o Lúpus que a vítima desenvolveu e que existem relatos na literatura médica sobre Lúpus pós-vacinal, tendo sido possivelmente a doença da menor causada pela vacina.

Sobre responsabilidade civil da União, o acórdão reconhece o nexo de causalidade entre agente e dano, visto que os eventos adversos pós vacinais à saúde da vítima (desenvolvimento de púrpura trombocitopênica e lupus) decorreram diretamente da aplicação da vacina disponibilizada pelo SUS.

Analisando-se esses eventos adversos pós vacinação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, RE 1171785 / PR – PARANÁ RECURSO de Relatoria do Min. EDSON FACHIN, julgado em 08/03/2019, seguindo a corrente majoritária dos tribunais,

aderiu a responsabilidade civil objetiva do Estado, e entendeu existir de nexos causal entre a vacinação e o dano sofrido pela vítima.

Em análise que lhe é peculiar, o Ministro Fachin observou que havia uma grande probabilidade dos sintomas e doença do autor terem ocorrido por reação adversa à vacina, e que a vítima, "ainda que tivesse qualquer outra doença (como hipertensão), não apresentava nenhuma morbidade referente aos rins".

Da decisão do Ministro Fachin, merece especial destaque a parte que afirma que "ao estabelecer a campanha de vacinação, sem adotar medidas de ampla orientação à população quanto aos possíveis riscos de reações adversas graves, a União assumiu o risco de produzir o resultado danoso que obteve, devendo ser responsabilizada pelos danos que vierem a ser suportados pelas vítimas EAPV.

Compensar o dano sofrido sempre foi a principal função da responsabilidade civil. Quando se trata do tipo dano moral, essa possibilidade de compensação vincula-se a uma violação aos direitos da personalidade. Em Maria Celina Bodin²⁰, a injustiça do dano é caráter que o torna indenizável, visto que a lesão causadora do dano refere-se ao bem jurídico tutelado, uma violação a cláusula geral de tutela da pessoa humana e por tal, a sociedade que deverá indenizar esse dano, independentemente da existência de culpa.

Por uma outra vertente, que se comunica o Direito Administrativo e com o Direito do Consumidor, estamos também diante da possibilidade de responsabilização civil pelo fato do produto, por defeito do produto vacina, por falta de testagem ou testagem mitigada, que venham a possibilitar a ocorrência de eventos pós vacinais com repercussões negativas à saúde das pessoas, visto que os estabelecimentos particulares que venham a realizar vacinação mediante pagamento, não informam a possibilidade desses efeitos à sociedade, especialmente em relação à falta de testagem adequada, no caso da vacina da Covid, produzida fora dos tempos formais de pesquisa, incidindo na regra da responsabilidade civil objetiva, inserta nos artigos 12 e 14, do CDC, fundado no risco da atividade econômica.

²⁰MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.181 e 184.

Decorre dessa falta de informação clara, acessível e pública uma violação ao direito a personalidade das pessoas injustamente atingidas, que, se devidamente informadas, poderiam ter optado por não correr o risco vacinal, que futura vacina da Covid poderá expor seus utilizadores.

Ora, considera-se ²¹ como dano injusto todo aquele que, mesmo que decorrente de conduta lícita²², afeta aspecto fundamental da dignidade humana não razoável, para tal pondera interesses contraposto. Na doutrina estrangeira, o espanhol Luis Díez-Picazo²³ afirma que o "dano injusto é, portanto, uma cláusula geral ou um princípio da responsabilidade civil". Deve-se compreender o dano injusto com uma transposição que sai da prática do ilícito para ato injusto, podendo decorrer de qualquer violação a direto de personalidade. Qualquer efeito adverso pós vacinal é dano injusto, que deve ser objeto de reparação, e sob esse viés já foi analisado por Menezes²⁴, que entende ser a vacinação uma medida de especial relevância para o bem da saúde coletiva e individual, entretanto não admite tal fato justificador do dano e não os considera uma consequência ordinária.

Assim, considera-se qualquer EAPV como uma grave e insuportável injustiça, não devendo ser considerada mero caso fortuito. Neste sentido, Maria Celina Bodin²⁵, explica que "a simples violação de uma situação jurídica subjetiva extrapatrimonial em que esteja envolvida a vítima, desde que merecedora de tutela, será suficiente para garantir a reparação."

De tudo que foi colhido, é de se observar que, para que se desenvolva uma política pública ou privada de vacinação, devem os envolvidos desenvolverem um esforço de comunicação para esclarecimento da sociedade sobre a possibilidade de EAPV.

²¹ SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2015. p.156.

²² MORAES, Maria Celina Bodin. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.179 o dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida."

²³ DíEZ-PICAZO, Luis. Derecho de daños. Madrid: Civitas, 1999. P.296.

²⁴ Menezes, Joyceane Bezerra de e Serpa, Jamila Araújo in, Pensar: Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil. e-ISSN: 2317-2150, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10469/0>, acesso3 0.05.20, 18:51.

²⁵ Op.Citada. p.180.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As vacinas podem ser definidas sob um ponto de vista imunológico, como um processo, pelo qual se desenvolve em um organismo vivo uma proteção contra determinados agentes infecciosos, por meio de substâncias que são inseridas no corpo humano de forma artificial. Trata-se de tecnologia médica de alto grau de eficiência e de custo suportável aos cofres públicos, fato que pode ser observado pelas contínuas campanhas de vacinação desenvolvidas pela União em nosso País.

De tão habituais nas últimas duas décadas, a sociedade parecia haver perdido o senso da importância do programa vacinal brasileiro, até que se abateu sobre o mundo a pandemia do Covid-19, ante inexistência de uma vacina específica a nível mundial, trágico fato, que levou várias entidades públicas e privadas no mundo a uma corrida para produção da vacina para combater a Covid, e pela pressa de usar produção, acredita-se na possibilidade da falta ou mitigação da testagem necessária para apurar a existência de efeitos adversos pós vacinação(EAPV)

Conclui-se, portanto, pela possibilidade de responsabilidade civil do Estado e de fornecedores particulares, laboratórios farmacêuticos e clínicas de vacinação, ante dano injusto causado a pessoa singular, com fulcro na legislação brasileira, em uma perspectiva de concretização da justiça, quando se refere aos benefícios legítimos da vítima.

Ao submeter a população a riscos, o que poderia ser recusado pelas pessoas ante uma concreta informação sobre tais possibilidade de efeitos adversos, os danos deles decorrente devem ser considerados como dano injusto, que implica no dever de reparação por todos os envolvidos no processo de fabricação e aplicação da vacina, sejam públicos ou privados.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento – São Paulo: Ed. 34, 2010.

BENSON J. **Italian court rules mercury and aluminium in vaccines cause autism**: US media continues total blackout of medical truth. [Online]. Disponível em:

https://www.naturalnews.com/048888_vaccine_adverse_events_autism_INFANRIX_Hexa.html. Acesso em 03 jul.2020:

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. **Febre amarela:** guia para profissionais de saúde / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. – 1. ed., atual. – Brasília: Ministério da Saúde, 2018. Disponível em: <https://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/janeiro/18/Guia-febre-amarela-2018.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2020.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 25 de jul. 2020

_____. STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 1171785 / PR - PARANÁ**. Relator Ministro Edson Fachin, Brasília/DF, 08/03/2019. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%281171785%2ENOME%2E+OU+1171785%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ycgt4xfk>. Acesso em: 08 junho de 2020.

_____. TRF4. **APELAÇÃO CÍVEL 5003127-71.2018.4.04.7115**. Relatora Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, Porto Alegre/ RS, 19.11.2019. Disponível em: https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 08 jun. 2020.

CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. **Responsabilidade civil sem dano:** uma análise crítica: limites epistêmicos a uma responsabilidade civil preventiva ou por simples conduta. São Paulo: Atlas, 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2016.

DÍEZ-PICAZO, Luis. **Derecho de daños**. Madrid: Civitas, 1999.

ESTUDOS em homenagem ao Professor Silvio Rodrigues/ prefácio organizado por José Roberto Pacheco Di Francesco – São Paulo: Saraiva.1999.

FIOCRUZ 105 anos, Disponível em <https://portal.fiocruz.br/noticia/revolta-da-vacina-2> Acesso em 30 de maio de 2020, 19:36h.

GAGLIARD, Juliana; CASTRO, Celso, **A Revolta da Vacina**, Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/REVOLTA%20DA%20VACINA.pdf>, Acesso em: 03 maio 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini, /...[et al].-Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 10.ed.revista, atualizada e reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1.º a 80 e 105 a 108)

HAHARI, Yuvar Nuah **Na batalha contra o coronavírus, faltam líderes à humanidade** (Breve Companhia). São Paulo: Editora Schwarcz S.A, 2020. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B086H52P1N>, p. 83. Acesso em: 19 maio 2020

HOUÉZEC, D. **Evolução da Esclerose Múltipla desde o começo da vacinação contra a hepatite B.** [Online]. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/25395338/>. Acesso em: 06 de junho 2020.

INFORME TECNICO 22ª Campanha Nacional de Vacinação contra a Influenza. Disponível em: <https://saude.es.gov.br/Media/sesa/PEI/Informe%2022%C2%AA%20Campanha%20Nacional%20de%20Vacina%C3%A7%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 12 maio 2020.

IIINFORME TÉCNICO - Vacina Meningocócica ACWY. Disponível em: <https://www.cosemsg.org.br/site/index.php/todas-as-noticias-do-cosems/63-ultimas-noticias-do-cosems/2686-informe-tecnico-vacina-meningococica-acwy-conjugada>. Acesso em: 12 maio 2020.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk Matos; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo Tepedino, Constituição e unidade do sistema in: **Anais do Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil.** – Belo Horizonte : Fórum, 2019.

MELO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**, 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; SERPA, Jamila Araújo. in, **Pensar: Rev. Pen., Fortaleza, CE, Brasil.** e-ISSN: 2317-2150, <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/10469/0>, Acesso em: 30 maio de 2020.

MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NICOLAU, Sevcenko **A Revolta da Vacina, Mentes Insanas em Corpos Rebeldes.** São Paulo: Cosac Naify, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos.** São Paulo: Atlas, 2015.

VARELLA, Drauzio. acessível: <https://drauziovarella.uol.com.br/saude-publica/porque-antivacinas-optam-por-nao-imunizar-seus-filhos/>, acesso 03.05.20, 22:47hs

WAKEFIELD, Andrew J. MMR vaccination and autism. **The Lancet**, Volume 354, Issue 9182, 949 – 950 Disponível em: <http://>

[/www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140673605756968/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140673605756968/fulltext).
Acesso em: 28 maio 2020.

46. COVID - 19 E A PREVENÇÃO DE PANDEMIAS À LUZ DO GIRO ECOCÊNTRICO NO DIREITO INTERNACIONAL AMBIENTAL

COVID - 19 AND THE PREVENTION OF PANDEMICS IN THE LIGHT OF THE ECOCENTRIC TURN IN INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-46>

Luciana Barreira de Vasconcelos¹

Resumo

A pandemia da COVID-19 evidenciou a estreita relação entre o equilíbrio ambiental e os direitos à saúde e à vida das presentes e futuras gerações. Cientistas e organismos internacionais relatam que o ser humano está vivenciando as consequências de suas próprias ações degradadoras do meio ambiente. Nesse contexto, a partir de perspectivas analisadas sob o enfoque da crise sanitária vigente, o presente artigo objetiva analisar a origem da doença como ponto de partida para a busca de instrumentos jurídicos voltados à prevenção de novos eventos pandêmicos à luz da virada ecocêntrica do Direito Internacional Ambiental. A relevância do trabalho consiste em trazer à pauta acadêmica reflexão de caráter jus filosófico acerca da crise sistêmica que atinge a qualidade ambiental, a saúde e a vida dos seres humanos e não humanos, tendo atingindo seu ápice com a disseminação do novo coronavírus. Busca-se contribuir para o desenvolvimento de ferramentas jurídicas dirigidas à prevenção de eventos pandêmicos, a partir da adoção de uma ética ecocêntrica no âmbito do Direito Internacional. A pesquisa foi realizada mediante exame bibliográfico e documental. Empregando-se investigação de caráter exploratório, empreendeu-se abordagem qualitativa acerca da temática atinente à conexão entre a origem da COVID-19 e a degradação ambiental à luz da ciência, bem como das propostas doutrinárias e jusfilosóficas voltadas à prevenção de novas pandemias.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Pandemia. Ecocentrismo. Direito Internacional Ambiental.

Abstract

The COVID-19 pandemic highlighted the close relationship between environmental balance and the rights to health and life for present and future generations. Scientists

¹ Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza; especialista em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho, UGF, Brasil. E-mail: lu-barreira@hotmail.com.

and international organizations report that human beings are experiencing the consequences of their own degrading actions on the environment. In this context, this article aims to analyze the origin of the disease as a starting point for the search for legal instruments aimed at preventing new pandemic events in light of the ecocentric turn of International Law Environmental. The relevance of the work consists of bringing to the academic agenda a reflection of a philosophical character about the systemic crisis that affects the environmental quality, health and life of human and non-human beings, having reached its peak with the spread of the new coronavirus. It seeks to contribute to the development of legal tools aimed at preventing pandemic events, based on the adoption of an ecocentric ethics within the scope of international law. The research was carried out through bibliographic and documentary examination. By employing exploratory research, a qualitative approach was taken on the theme relating to the connection between the origin of COVID-19 and environmental degradation in the light of science, as well as doctrinal and jusphilosophical proposals aimed at preventing new pandemics.

Keywords: Environment. Pandemic. Ecocentrism. International Environmental Law.

Introdução

O início do ano de 2020 foi marcado pela irrupção da pandemia da COVID-19, que ameaça a saúde e a vida dos seres humanos do globo terrestre. Em meio a um cenário de graves consequências das ações antrópicas sobre o meio ambiente, o presente estudo analisa a relação entre o comportamento humano inspirado numa racionalidade antropocêntrica e o surgimento de novas doenças, como a causada pelo novo coronavírus.

A questão de pesquisa se traduz na indagação acerca de como, à luz do conhecimento científico acerca da relação existente entre a degradação ecológica e a origem da COVID-19, o Direito Ambiental Internacional pode contribuir para a prevenção de novas pandemias, no contexto da transição de um paradigma antropocêntrico para o ecocêntrico? O artigo objetiva, pois, analisar a origem da COVID-19 como ponto de partida para busca de instrumentos jurídicos voltados à prevenção de novos eventos pandêmicos à luz da virada ecocêntrica do Direito Internacional Ambiental.

Para tanto, investiga-se a relação entre a degradação ambiental e a origem da enfermidade. Em seguida, analisa-se a evolução do discurso filosófico sobre a relação do homem com a natureza que, na passagem da era moderna para a pós-modernidade, vem mudando de uma postura antropocêntrica para a ecocêntrica, a

fim de garantir a sobrevivência da presente e das futuras gerações. A partir dessas balizas, impende discutir as perspectivas para a prevenção de novas pandemias mediante a ecologização do Direito Ambiental Internacional.

A relevância do trabalho consiste em trazer à pauta acadêmica reflexão de cunho jus filosófico acerca da crise sistêmica que atinge a qualidade ambiental, a saúde e a vida dos seres humanos e não humanos, tendo atingindo seu ápice com a disseminação do novo coronavírus. Busca-se contribuir para o desenvolvimento de ferramentas jurídicas dirigidas à prevenção de eventos pandêmicos, a partir da adoção de uma ética ecocêntrica no âmbito do Direito Internacional.

A pesquisa foi realizada mediante exame bibliográfico de livros e bases indexadas e documental. Empregando-se investigação de caráter exploratório, empreendeu-se abordagem qualitativa acerca da temática atinente à conexão entre a origem da COVID-19 e a degradação ambiental à luz da ciência, bem como das propostas doutrinárias e jusfilosóficas voltadas à prevenção de novas pandemias.

1 A relação entre o desequilíbrio ecológico e a origem da COVID- 19 à luz da ciência

A importância do equilíbrio ambiental para a saúde e para a própria vida humana nunca foi tão evidente. Tais valores compõem o catálogo dos direitos humanos em âmbito internacional, conforme preconizam os artigos III e XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos² e o princípio 1 da Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972³. Há um laço indissociável entre esses direitos e, pelo menos desde a década de 1970, cientistas e organismos internacionais alertam para os riscos que a crescente degradação da natureza representa para existência de diversas espécies vegetais e animais, inclusive para a espécie humana.

No ano de 2020, a pandemia da COVID-19 demonstra para a humanidade um fato olvidado pela racionalidade econômica e mecanicista típica da modernidade: o

² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <https://nacoesunidas.org/docs//>. Acesso em: 23 jun 2020.

³ *Id.* United Nations Conference on the human environment, 5-16 jun 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 23 jun 2020.

de que os seres humanos pertencem ao planeta terra e não o contrário. A espécie humana integra a natureza e, assim como todas as outras, está vulnerável às consequências do processo de exploração e devastação do meio ambiente desencadeado a partir da Revolução Industrial e expansão mercadológica a nível global. Alcançou-se um ponto desse processo social de degradação no qual o enfoque da problemática não mais reside em resguardar recursos naturais para usufruto das futuras gerações, como impõe o princípio da solidariedade intergeracional, porquanto as ações predatórias do homem em relação ao seu *habitat* já ameaça a geração presente.

Diante da crise sanitária mundial que já levou a óbito mais de 906 (novecentos e seis) mil seres humanos até 11 de setembro de 2020⁴, clama-se à ciência por soluções. Para além de um tratamento eficaz, de medidas capazes de reduzir a disseminação do novo coronavírus, e do desenvolvimento de uma vacina hábil a imunizar a população do globo contra a doença, impõe-se a questão de como surgiu a COVID-19. Como pontuam Andersen, Rambaut, Lipkin, Holmes e Garry⁵, o conhecimento das origens da pandemia são o norte para que se possa compreender como um vírus animal ultrapassou os limites das espécies para infectar seres humanos e, a partir daí, ajudar na prevenção de futuros eventos zoonóticos (epidemias ou mesmo pandemias). Consoante demonstra o estudo, o vírus causador da doença tem origem provável em seleção natural ocorrida a partir de mutações de outros tipos de coronavírus propiciadas por sua transmissão do morcego aos seres humanos, ou do morcego para o pangolin e deste para os humanos.

A COVID-19 é, portanto, uma zoonose, ou seja, uma doença causada por um vírus transmitido de um animal para o ser humano. De acordo com a UNEP⁶, 60% das

⁴ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covid19&Itemid=87. Acesso em: 23 jun 2020.

⁵ ANDERSEN, Kristian G; RAMBAUT, Andrew; LIPKIN, W Ian; HOLMES, Edward C; GARRY, Robert F. "The proximal origin of SARS-CoV-2". *Nature Medicine* 26, 450–452. 2020. Disponível em <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>. Acesso em 05 jun 2020.

⁶ UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME - UNEP. 6 fatos sobre coronavírus e meio ambiente. 2020. Disponível em <https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/6-fatos-sobre-coronavirus-e-meio-ambiente>. Acesso em: 23 jun 2020.

doenças infecciosas em humanos e 75% das doenças infecciosas *emergentes* são transmitidas por meio de animais. São exemplos: a gripe aviária, a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS), a Síndrome Respiratória Aguda Grave (SARS) e o Zikavírus. O surgimento de todas elas está relacionado à redução da biodiversidade e a perda de *habitats*, causados pela interferência humana. Isso porque tais perdas desencadeiam desequilíbrios nos ecossistemas selvagens, levando à disseminação de hospedeiros e vetores de patógenos.

O Programa de Meio Ambiente da ONU esclarece que as doenças associadas aos morcegos, como é o caso daquelas causadas pelos coronavírus, tem origem na perda de *habitat desses animais, devido ao* desmatamento e à expansão agrícola⁷. Os pangolins, também indicados como possíveis vetores de transmissão da COVID-19, são animais silvestres ameaçados de extinção e apontados como os mamíferos mais traficados do mundo⁸. Devido a essa atividade, espécimes são levados a locais onde há intensa circulação de pessoas, criando-se as condições favoráveis à transmissão de patógenos aos humanos.

Rob Wallace afirma que a invasão do ambiente natural, onde há uma sensível e complexa rede de microorganismos, rompe barreiras que poderiam servir de escudo contra vírus e bactérias eventualmente nocivos ao corpo humano⁹. Para o pesquisador, o rompimento dessa proteção, somado ao atual modelo de agronegócio, no qual um grande número de animais (aves, suínos e bovinos, por exemplo) é colocado em situação de confinamento, com sistema imunológico mais deprimido, permite que patógenos atinjam mais facilmente esses animais, provocando o surgimento de novas doenças.

De acordo com a Plataforma Intergovernamental de Políticas Científicas sobre Biodiversidade e Serviços Ecossistêmicos –IPBES, é iminente a extinção de cerca de 1 milhão de espécies animais e vegetais, muitas delas já nas próximas décadas. A

⁷ *Ibid.*

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Dia Mundial do Pangolim chama a atenção para mamíferos mais traficados no mundo BR. 2020. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660171>. Acesso em: 23 jun 2020.

⁹ WALLACE, Rob. Big Farms Make Big Flu: Dispatches on Infectious Disease, Agribusiness, and the Nature of Science quantity. **eBook**, 2016.

mudança climática, provocada pelo aquecimento global, e a poluição são fatores indicados como causa determinante para essa perda¹⁰.

Na mesma direção, o relatório *Bellow the Canopy*, sobre a redução da biodiversidade nas florestas globais, publicado pelo WWF (*World Wild Life*), demonstra que as populações monitoradas de aves, mamíferos, anfíbios e répteis que vivem em florestas diminuíram, em média, 53% entre 1970 e 2014, tendo os maiores declínios ocorridos em florestas tropicais, como a floresta amazônica¹¹. Conforme o diagnóstico, a extinção de espécies e a degradação de *habitat* foram ocasionadas principalmente pela atividade humana, como o desmatamento.

Segundo explica Lef¹², o estresse ecológico desencadeado pelo desmatamento e redução da biodiversidade, bem como pela produção industrial de animais para consumo, tem provocado a expansão de vírus para além de seus *habitats* em busca de novos hospedeiros, contaminando, assim, outras espécies, inclusive a humana.

Para Santos¹³, a pandemia da COVID-19 é uma das manifestações do modelo de sociedade que se impôs globalmente a partir do século XVII e que está hoje a conduzir a humanidade a uma situação de catástrofe ecológica capaz de violar de maneira fatal o lugar da humanidade no planeta Terra, devido à exploração sem limites dos recursos naturais. O autor observa a ausência de prevenção das nações, apesar dos alertas científicos para os graves problemas de ocorrência próxima e muito provável, advindos da degradação ambiental.

Diante desse cenário de crise sistêmica, composta pelas vertentes ecológica e sanitária, surge o questionamento atinente a como se alcançou a atual situação de desequilíbrio em que estão em cheque a saúde e a vida dos seres humanos.

¹⁰ **IPBES, Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. 2019. Disponível em: <https://www.ipbes.net/event/ipbes-7-plenary/>. Acesso em 05 jun 2020.**

¹¹ WWF, World Wild Life. *Below the canopy: plotting global trends in forest wildlife populations*. 2019. Disponível em: <https://www.worldwildlife.org/publications/below-the-canopy>. Acesso em 20 jun 2020.

¹² LEFF, Enrique. "A Cada Quien su Virus La Pregunta por la Vida y el Porvenir de una Democracia Viral". HALAC – Historia Ambiental, Latinoamericana y Caribeña. Revista de la SOLCHA, mai 2020. **Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341434926>. Acesso em 6 jun 2020.**

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Cruel Pedagogia do Vírus*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 22/28.

2 A racionalidade antropocêntrica da modernidade como raiz da crise ecológica contemporânea

A racionalidade moderna, surgida no século XVI e desenvolvida nos séculos seguintes ergueu-se sob o alicerce do pensamento de René Descartes e Francis Bacon, cujas ideias legitimaram a postura do ser humano como criatura superior às demais, transformando as outras formas de vida terrena em recursos à disposição do homem para uso em prol do desenvolvimento tecnológico e econômico¹⁴.

Para Descartes¹⁵, o homem, por ser dotado de alma, distingue-se dos demais animais e das plantas, os quais são concebidos como simples mecanismos incapazes de sentir e pensar. Por essa razão, os homens estariam livres para manejá-los e explorá-los sem qualquer limite ou repreensão. A física baconiana preconiza, por sua vez, a total separação entre natureza e ser humano. A primeira seria passiva, eterna e destituída de qualidade ou dignidade capaz de impedir o segundo de desmontar seus elementos, a fim de dominá-la e controlá-la, subjugando-a, na qualidade de seu intérprete e possuidor¹⁶.

É lançada, assim, a base filosófica para o antropocentrismo, em que a natureza é colocada a serviço do homem, para alcançar seus bens materiais e imateriais¹⁷, dando azo à exploração irresponsável do meio ambiente. A partir de então, "a forma como o ser humano se relaciona com a natureza passou a ter caráter meramente instrumental, de modo que tudo que existe na Terra deve servir à humanidade e às suas intenções de progresso, as quais adquiriram, na contemporaneidade, o sentido da produção em massa e do consumo exagerado"¹⁸.

O modelo de racionalidade científica moderno nega caráter racional a qualquer

¹⁴ KROHLING, Aloísio; SILVA, Tatiana Mareto. "Um repensar ético sobre a sustentabilidade à luz da ecologia profunda". Revista Eletrônica Direito e Sociedade. Canoas, UNILASALLE, v. 7. n. 1, p.45- 60, 2019, p. 48.

¹⁵ **DESCARTES, René. Discurso do método. São Paulo: Martins Fontes, 2001.**

¹⁶ BACON, Francis. *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Trad. José Aluísio Reis de Andrade. Virtual Books, 2003.

¹⁷ LOSS, Mariana Martini Motta; ZOLET, Lucas Augusto da Silva; PIRES, Cecília. "Globalização, democracia e sustentabilidade: como resolver a equação?" Revista Jurídica Cesumar, Maringá, UNICESUMAR, v. 15, n. 1, p. 129-152, 2015. p. 145.

¹⁸ KROHLING; SILVA, *op. cit.*, p. 46.

forma de conhecimento não pautada pelos seus princípios epistemológicos e regras metodológicas, além de privilegiar a investigação do como funcionam as coisas em detrimento do conhecimento de sua finalidade, consolidando uma concepção mecanicista do mundo em que a natureza é concebida como autômato sem personalidade e seus fenômenos são objetivados, objetualizados e degradados¹⁹.

Tal paradigma, originado na Revolução Industrial, prometia proporcionar o bem-estar dos indivíduos, mas não conseguiu oferecê-lo, uma vez que, não obstante as vantagens tecnológicas, ergueu-se sobre uma racionalidade econômica imediatista, ocasionando a devastação ambiental em escala planetária²⁰.

O despertar mundial acerca do esgotamento do planeta teve como marco a Conferência de Estocolmo de 1972, com o relatório elaborado pelo Clube de Roma, denominado "Limites do Crescimento"²¹. O documento alertou sobre os limites físicos da natureza em absorver a poluição e os resíduos, dando conta dos efeitos da degradação já detectados, tais como o comprometimento da camada de ozônio, aquecimento global, derretimento das calotas polares, aumento do efeito estufa, etc.

Nesse contexto, surge a proposta do desenvolvimento sustentável. A sustentabilidade passa a constituir, nas discussões internacionais, caminho para a harmonização entre o desenvolvimento, o meio ambiente e a cultura²². Consoante Nalini²³ "o desenvolvimento sustentável pretende promover o bem-estar das pessoas sem transigir com a degradação do capital natural". Desta feita, se crescimento significa, inevitavelmente, alguma forma de prejuízo ambiental, o processo econômico deve se servir da natureza de um modo mais duradouro e saudável.

Percebe-se, a partir de então, haver limites ecológicos ao progresso econômico, dada a finitude dos recursos (matéria e energia, em última análise), sem

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. "Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna". Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 2, n. 2, 1988, p. 5-9.

²⁰ TURATTI, Luciana; SILVA, Jaiane Braga da. "Meio ambiente e globalização: a imprescindibilidade de uma racionalidade ambiental". Revista de Direitos Culturais. Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, v. 14, n. 32, p. 69-88, 2019, p. 81.

²¹ GRUSKI, Bruno César; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. "Ambientalização do direito e efetividade das políticas públicas ambientais". Revista Novos Estudos Jurídicos. Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, n. 21, p. 718-749, 2016, p. 722.

²² LOSS; ZOLET; PIRES, *op. cit.*, p. 143.

²³ NALINI, José Renato. Ética ambiental. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 177.

os quais nenhuma atividade humana pode se realizar²⁴. Sob essa ótica, restringe-se o crescimento econômico, na tentativa de reconciliar o progresso material com a preservação da base natural da sociedade e da qualidade de vida das pessoas.

Desde a Conferência de Estocolmo até os dias atuais, tem se mostrado crescente a preocupação dos organismos internacionais com o tema, o que resultou, consoante o levantamento realizado por Iocca e Fidélis²⁵, “em mais de 280 acordos multilaterais sobre a questão ambiental”. Segundo os autores, o grande número de tratados em torno das temáticas ambientais expressa a compreensão das nações sobre a importância da gestão dos recursos ambientais e da consciência ecológica, refletindo, ainda, o reconhecimento acerca as implicações dos problemas ambientais nos diversos setores econômicos, bem como na sociedade em geral.

3 A prevenção de novas pandemias a partir do giro ecocêntrico no âmbito do Direito Ambiental Internacional

Nesse processo de conscientização ecológica, despontam, no cenário político e científico, ideias inspiradas numa racionalidade ecocêntrica em substituição ao antropocentrismo que dominou o pensamento moderno. Já em 1983 a Assembleia Geral da ONU aceitou a Carta Mundial para a Natureza²⁶, que, em seu texto, adota preocupação voltada à sustentabilidade ecológica, ao descrever a humanidade como parte da natureza e proclamar que “toda forma de vida é única, garantido o seu respeito, independentemente de sua utilidade para o homem”²⁷.

O documento expressa a postura ética de forma mais clara se comparado ao Relatório *Bundtland*, que, ao estabelecer as bases do desenvolvimento sustentável, apresentou forte conotação antropocêntrica, parecendo ter esquecido que as necessidades

²⁴ NALINI, *op. cit.*, p. 178.

²⁵ IOCCA, Luciana Stephani Silva; FIDÉLIS, Teresa. “Alterações climáticas, riscos e estratégias de adaptação no contexto brasileiro”. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, Dom Helder Escola de Direito, v.15 . n.33. p.131-161, 2018.

²⁶ Elaborada em 1982 pela União Mundial para a Natureza - UICN

²⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7. 28 out. 1982. Disponível em: https://www.dhcii.euoutubro_de_1982.pdf. Acesso em: 14 ago. 2020.

humanas só podem ser cumpridas dentro de limites ecológicos²⁸.

No ano 2000, a partir de iniciativa conjunta da Cruz Verde Internacional com a ONU, foi lançada a Carta da Terra²⁹, que representa notável avanço em direção à adoção, em âmbito global, de uma ética ecocêntrica, porquanto propõe o respeito pela natureza e declara a responsabilidade dos povos da Terra “uns para com os outros, com a grande comunidade da vida, e com as futuras gerações”. O documento afirma, ainda, que “cada um compartilha da responsabilidade pelo presente e pelo futuro, pelo bem-estar da família humana e de todo o mundo dos seres vivos”³⁰.

Para a realização do projeto de um modo de vida sustentável, conforme proposto na Carta, foram elencados dezesseis princípios, dentre os quais vale destacar o princípio 1, segundo o qual deve-se “respeitar a Terra e a vida em toda sua diversidade” e “reconhecer que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos”. Digno de nota, ainda, é o princípio nº 15, cujo comando pugna pelo tratamento “[...] de todos os seres vivos com respeito e consideração”.

Nessa perspectiva, a sustentabilidade tem por objetivo preservar a integridade dos ecossistemas, reconhecendo os seres humanos como parte integrante deles³¹. O pensamento ecocentrista reinsere o ser humano na natureza, propondo que, tanto aquele, quanto esta, sejam considerados sujeitos de direitos³². É nesse viés que se opera a virada ecológica, caracterizada pela superação do antropocentrismo a partir da reaproximação entre Direito e ética, por meio da qual a proteção do ambiente é considerada obrigatória e não opcional.

Influenciada pela Carta da Terra, a Cúpula Mundial de 2002 sobre o Desenvolvimento Sustentável (CMDs), reunida em Johannesburgo, declarou a “[...] responsabilidade com o outro, com a grande comunidade da vida e com nossos

²⁸ BOSSELMANN, Klaus. O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança. Trad. Philip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 51.

²⁹ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Carta da Terra. 2000. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra.html>. Acesso em: 5 set. 2019.

³⁰ *Ibid.* 2019.

³¹ BOSSELMANN, *op. cit.*, p. 104.

³² LOSS; ZOLET; PIRES, *op. cit.*, p. 147.

filhos"³³. Bosselmann³⁴ registra tratar-se da primeira manifestação realizada em um documento de direito internacional com menção expressa à comunidade de vida, a partir da qual se aprofunda o sentido do respeito à natureza.

Tendo passado por um abrangente processo de aprovação, a Carta representa um consenso mais amplo que qualquer outro documento internacional, figurando como instrumento fomentador do diálogo universal, intercultural, inter-religioso e interdisciplinar que incorpora o direito dos tratados, como a Convenção de Mudança Climática da ONU, a Convenção das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica e a Convenção das Nações Unidas sobre Desertificação³⁵.

Turatti e Silva³⁶ apontam o reconhecimento de direitos à natureza em razão dela própria, e não em função de sua utilidade aos interesses humanos, como forma de reduzir sua condição de vulnerabilidade e efetivar sua proteção. Isso não significa a impossibilidade de intervenção do homem na natureza, mas que essa intervenção deve ser compatível com a manutenção de seu equilíbrio.

Câmara e Fernandes³⁷ assinalam que, a partir desse horizonte, seria possível reconstituir a harmonia e o equilíbrio da vida, na vigência de um desenvolvimento impulsionado pelos direitos humanos e pelo reconhecimento dos direitos da natureza como base de uma economia solidária. Propõe-se que a vida, e não o ser humano, seja o centro do processo de construção, assegurando-se, simultaneamente, o bem-estar das pessoas e a sobrevivência das espécies.

De acordo com Moraes³⁸, o constitucionalismo ecocêntrico dos Andes, onde os direitos da natureza já foram positivados em países como Equador e Bolívia, tem contribuído para o estabelecimento, no âmbito das Nações Unidas, de um caminho

³³ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável**. 2002. Disponível em: https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em: 5 set. 2019.

³⁴ BOSSELMANN, *op. cit.*, p. 61.

³⁵ *Ibid.*, p. 102.

³⁶ TURATTI; SILVA, *op. cit.*, p. 75.

³⁷ CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. "O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza". *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*. Brasília, UNB, v. 12. n. 1, p. 221-239, 2018.

³⁸ MORAES, Germana de Oliveira. "Del desarrollo sostenible a la armonía con la naturaleza: la influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano sobre el Programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza (HWN UN)". *Fortaleza, Revista da UFC*, v. 37.2, jul./dez., p. 395-404, 2017, p. 398.

de transição global para um paradigma com enfoque na Terra. Como exemplo de iniciativa nesse sentido, a autora cita o Programa Harmonia com a Natureza (HwN ONU), desenvolvido desde 2009, com a intenção de construir um acordo universal apto a substituir o paradigma do desenvolvimento sustentável.

A sustentabilidade do modelo ecocêntrico importa, assim, em mudança de paradigma a partir da construção de uma racionalidade ambiental na qual se estabelece outra postura ética do homem em relação ao meio ambiente³⁹. Segundo essa nova ética, somos responsáveis pelo outro, seja ele um ser humano, um grupo social ou a natureza⁴⁰. E esse "outro" está, simultaneamente, na contemporaneidade e no futuro, cuja possibilidade de existência há de ser garantida no presente. Impõe-se, assim, um dever de conduta coletiva na era da civilização técnica potencialmente destruidora, responsabilizando o homem pelo futuro da humanidade e da biosfera, pois não se pode separá-los.

A crise sanitária vigente oportuniza aos cidadãos do mundo a consciência de que, se não houver uma urgente mudança de comportamento, haverá outras pandemias no futuro. Revela, por outro lado, ser possível construir alternativas ao modo de viver, de produzir, de consumir e de conviver, pois as sociedades se adaptam quando tal é necessário ao bem comum. Diante disso, Santos⁴¹ propõe que a cidadania organizada (partidos políticos, movimentos e organizações sociais, mobilizações cidadãos espontâneas) deflagre o desenvolvimento de um novo modelo de sociedade, no qual seja respeitada a vida do planeta no seu conjunto.

Para além dos melhores diagnósticos, estratégias de contenção e imunização, a fim de que se possa voltar à "normalidade crítica" na qual se encontrava a humanidade no final da década anterior, o estado de emergência causado pela pandemia da COVID-19 exige uma mudança profunda em nossos modos de produzir, existir e conviver com a natureza⁴².

Cabe aos Estados, guiados por seus líderes e pelos organismos internacionais, recorrer à ciência não apenas para remediar as crises, na tentativa de contornar ou

³⁹ TURATTI; SILVA. *Op. cit.*, p. 70.

⁴⁰ *Ibid* p.77

⁴¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Op. Cit*, 2020, p. 30.

⁴² LEFF, Enrique. *Op. Cit.* 2020.

combater suas consequências, mas principalmente para preveni-las. Leff⁴³ afirma ser preciso “pensar numa estratégia para que os vírus se mantenham em seus refúgios no metabolismo da biosfera” (tradução livre), o que requer a construção de uma nova racionalidade, por meio da qual os limites entrópicos do planeta sejam respeitados. Segundo sua idéia de racionalidade ambiental, a nova ordem sustentável deve ser constituída num cenário de diversidade cultural, diálogo de saberes e gestão ambiental participativa em que a economia global haverá de reconstituir-se como a articulação de economias locais sustentáveis⁴⁴.

Na linha da reflexão de Moraes⁴⁵, o giro do conhecimento contemplativo para a racionalidade dominadora da era moderna obscureceu a percepção de que dependemos uns dos outros e natureza para vivermos, rompendo esses elos e colocando em risco a vida em si mesma. Conforme a autora, a disseminação da COVID-19 por todo o mundo conduz a humanidade a reconhecer a interdependência recíproca entre todos os seres vivos, lançando luzes sobre a discussão em torno da crise ecológica em curso.

Com efeito, a pandemia da COVID-19 põe em evidência a existência de milhares de vírus acondicionados nas células de uma multiplicidade de organismos vivos, capazes de sofrer mutações e ser transmitidos para os seres humanos, causando-lhes doenças em graus de malignidade imprevisíveis e impossíveis de controle imediato⁴⁶.

De posse desse conhecimento, para que sejam assegurados os direitos humanos à vida e à saúde, afigura-se imprescindível buscar formas de prevenir o advento de novas pandemias, o que passa inexoravelmente pelo desenvolvimento e fomento de meios de produção sustentáveis e da adoção de políticas públicas de preservação e recuperação dos ecossistemas.

Nesse processo de reconstrução racional e social, o Direito constitui ferramenta imprescindível. Como asseveram Capra e Mattei ⁴⁷, na

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Id.* Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. Trad. Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 233-236.

⁴⁵ MORAES, Germana de Oliveira. Da pandemia à harmonia: um ensaio. eBook, 2020.

⁴⁶ *Id.* *Op. Cit.*, 2020.

⁴⁷ CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica**: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018, p. 247-248.

contemporaneidade, o objetivo comum deve ser o uso das leis humanas para criar e investir no potencial das comunidades sustentáveis, nas quais seja possível a concretização das atuais necessidades humanas sem com isso comprometer as oportunidades das gerações vindouras, compatibilizando-se os valores humanos com o valor fundamental de manter a vida na Terra.

Nessa perspectiva, cabe aos Estados, a partir das ferramentas do Direito Internacional Ambiental, irradiado pelas luzes da virada ecocêntrica, aderir e dar cumprimento aos acordos e tratados internacionais voltados à preservação da integridade ecológica, bem como articular-se para a celebração de novos compromissos com força cogente, e, assim, se mostrem efetivos em compelir a comunidade internacional a atuar em harmonia com os limites da biosfera, no intuito de evitar os desequilíbrios carreadores de novas ameaças, como a pandemia da COVID-19 e, em última instância, garantir a vida e o bem estar das presentes e futuras gerações humanas e não humanas.

Conclusão

A percepção acerca das graves consequências dos desequilíbrios ecológicos causados pelas intervenções humanas indiscriminadas sobre o meio ambiente, contexto em que se insere a pandemia da COVID-19 vivenciada no ano de 2020, demanda uma mudança na postura do ser humano em relação ao meio ambiente, a fim de se garantir a sobrevivência das espécies, inclusive da humana.

Nesse sentido, diante da crise ambiental e sanitária, o antropocentrismo se torna insustentável, cedendo lugar ao ecocentrismo, que reinsere os seres humanos como parte da natureza, retirando-os da condição de superioridade e dominação predominante na modernidade. Essa nova consciência ecológica, que reconhece a interdependência entre todos os seres vivos, passa a inspirar uma mudança de paradigma racional no âmbito da sociedade globalizada e, por conseguinte, do Direito Internacional Ambiental.

Assim, diante do conhecimento científico acerca da conexão entre a origem da COVID-19 e a degradação desenfreada do ambiente, cabe aos Estados empregar e desenvolver as ferramentas do Direito Internacional Ambiental, irradiadas pelas

luzes da virada ecocêntrica, aderindo e dando cumprimento aos acordos e tratados internacionais dirigidos à preservação da integridade ecológica, e ainda, articulando-se para a celebração de novos compromissos capazes de conduzir a sociedade global a uma atuação condizente com os limites planetários, a fim de prevenir o advento de novos, e eventualmente mais severos, eventos pandêmicos e garantir a vida e o bem estar das presentes e futuras gerações humanas e não humanas.

Referências

ANDERSEN, Kristian G; RAMBAUT, Andrew; LIPKIN, W Ian; HOLMES, Edward C; GARRY, Robert F. "The proximal origin of SARS-CoV-2". *Nature Medicine* 26, 450–452. 2020. Disponível em <https://www.nature.com/articles/s41591-020-0820-9>. Acesso em 05 jun 2020.

BACON, Francis. *Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza*. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. Virtual Books, 2003. Disponível em www.virtualbooks.com.br/. Acesso em 05 jun 2020.

BOSSELMANN, Klaus. "O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança". Trad. Philip Gil França. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Carta da Terra*. 2000. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/carta-da-terra.html>. Acesso em: 20 jun. 2020.

CÂMARA, Ana Stela; FERNANDES, Márcia Maria. "O Reconhecimento Jurídico do Rio Atrato como Sujeito de Direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza". *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*. Brasília, UNB, v. 12. n. 1, p. 221-239, 2018.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. *A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Cultrix, 2018.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Disponível em <https://ria.ufrn.br/jspui/handle/123456789/724>. Acesso em 05 jun 2020.

GRUSKI, Bruno César; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. "Ambientalização do direito e efetividade das políticas públicas ambientais". *Revista Novos Estudos Jurídicos*. Itajaí, Universidade do Vale do Itajaí, n. 21, p. 718-749, 2016.

IPBES, *Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services. Summary for policymakers of the global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. 2019. Disponível em: <https://www.ipbes.net/event/ipbes-7-plenary/>. Acesso em 05 jun 2020.

IOCCA, Luciana Stephani Silva; FIDÉLIS, Teresa. "Alterações climáticas, riscos e estratégias de adaptação no contexto brasileiro". *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, Dom Helder Escola de Direito, v.15 . n.33. p.131-161, 2018.

KRENAK, Ailton. *Ideias para adiar o fim do mundo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

KROHLING, Aloísio; SILVA, Tatiana Mareto. "Um repensar ético sobre a sustentabilidade à luz da ecologia profunda". *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. Canoas, UNILASALLE, v. 7. n. 1, p.45- 60, 2019.

LEFF, Enrique. "A Cada Quien su Virus La Pregunta por la Vida y el Porvenir de una Democracia Viral". *HALAC – Historia Ambiental, Latinoamericana y Caribeña*. Revista de la SOLCHA, mai 2020. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341434926>. Acesso em 6 jun 2020.

LEFF, Enrique. *Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza*. Trad. Luis Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LOSS, Mariana Martini Motta; ZOLET, Lucas Augusto da Silva; PIRES, Cecília. "Globalização, democracia e sustentabilidade: como resolver a equação?" *Revista Jurídica Cesumar*, Maringá, UNICESUMAR, v. 15, n. 1, p. 129-152, 2015.

MORAES, Germana de Oliveira. "Del desarrollo sostenible a la armonía con la naturaleza: la influencia del nuevo constitucionalismo latinoamericano sobre el Programa de las Naciones Unidas Armonía con la Naturaleza (HWN UN)". *Fortaleza, Revista da UFC*, v. 37.2, jul./dez., p. 395-404, 2017, p. 398.

MORAES, Germana de Oliveira. *Da pandemia à harmonia: um ensaio*. eBook, 2020.

NALINI, José Renato. *Ética Ambiental*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas A/RES/37/7 de 28 de Outubro de 1982.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. United Nations Conference on the human environment. Stockholm, 5-16 jun 1972. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 23 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração de Joanesburgo sobre Desenvolvimento Sustentável. 2002. Disponível em https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/POI_PD.htm. Acesso em 20 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em <https://nacoesunidas.org/docs/direitoshumanos/>. Acesso em: 23 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE - OPAS. Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). 2020. Disponível em https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:co-vid19&Itemid=875. Acesso em: 23 jun 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Dia Mundial do Pangolim chama a atenção para mamíferos mais traficados no mundo BR. 2020. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660171>. Acesso em: 23 jun 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Cruel Pedagogia do Vírus. Coimbra: Almedina, 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. "Um discurso sobre as ciências na transição para uma ciência pós-moderna". Revista do Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 46-71, 1988.

TURATTI, Luciana; SILVA, Jaiane Braga da. "Meio ambiente e globalização: a imprescindibilidade de uma racionalidade ambiental". Revista de Direitos Culturais. Santo Ângelo, Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, v. 14, n. 32, p. 69-88, 2019.

UNITED NATIONS ENVIRONMENT PROGRAMME - UNEP. 6 fatos sobre coronavírus e meio ambiente. 2020. Disponível em <https://www.unenvironment.org/pt-br/noticias-e-reportagens/reportagem/6-fatos-sobre-coronavirus-e-meio-ambiente>. Acesso em: 23 jun 2020

WALLACE, Rob. Big Farms Make Big Flu: Dispatches on Infectious Disease, Agribusiness, and the Nature of Science quantity. eBook, 2016.

WWF, World Wild Life. Below the canopy: plotting global trends in forest wildlife populations. 2019. Disponível em: <https://www.worldwildlife.org/publications/below-the-canopy>. Acesso em 20 jun 2020.

47. ANÁLISE DO MODELO DE ESTADO BRASILEIRO A PARTIR DAS DEMANDAS DE UTI NA COVID-19

ANALYSIS OF THE BRAZILIAN STATE MODEL BASED ON THE DEMANDS OF ICU IN THE COVID-19



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-47>

Marcio dos Santos Alencar Freitas¹

RESUMO

Analisou-se nesse trabalho, a partir da comparação dos modelos de estado mínimo, interventor e gerencial, qual deles ser o mais adequado para o Brasil tendo como referência a crise do COVID-2019. Para tanto, foi realizada pesquisa pura, descritiva, bibliográfica baseada em artigos científicos, livros, normas e reportagens. Desse modo, dividiu-se o trabalho em três partes: direito à saúde e o problema do acesso aos leitos de UTI do SUS; a Covid-19 e o aumento da demanda por leitos; e modelos de estado e a viabilidade para o combate à pandemia no Brasil. Concluiu-se que apesar de estado gerencial ser aquele capaz de produzir respostas mais céleres, ainda é a perspectiva intervencionista o modelo administrativo a ser utilizado no Brasil para gerir o processo de combate ao coronavírus. Isso se deve aos fatores socioeconômicos que vive a população brasileira, em que parte significativa enquadra-se como baixa renda. Ademais, esse é o modelo que mais possibilita um maior acesso de pobres à saúde. Todavia, deve-se buscar a flexibilização de sua burocracia no intuito de melhorar a celeridade de suas ações.

Palavras-chave: Covid-19. Direito à saúde. Modelos de gestão estatal.

ABSTRACT

In this work, it was analyzed from the comparison of the minimum state, intervenor, and managerial models, which of them would be the most appropriate for Brazil with reference to the COVID-2019 crisis. For this purpose, pure, descriptive, and bibliographic research was conducted based on scientific articles, books, norms, and reports. Thus, the work was divided into three parts: right to health and the problem of access to SUS ICU beds; Covid-19 and increased demand for beds; and state

¹ Doutorando em Direito Constitucional e Ciências Políticas pela Universidade de Fortaleza. Bolsista CAPES Proex. Mestre em Direito Constitucional e Ciências Políticas pela Universidade de Fortaleza (2019). Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (2008). Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Ceará (2000). Advogado com atuação nas áreas de Direito Administrativo e Direito Civil (recuperação de créditos). Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo e Tributário (GEPDAT).

models and feasibility for combating the pandemic in Brazil. It was concluded that although a managerial state can produce faster responses, the interventionist perspective is still the administrative model to be used in Brazil to manage the process of combating the coronavirus. This is due to the socioeconomic factors that the Brazilian population lives, in which a significant part fits as low income. Moreover, this is the model that most enables a greater access to health for the poor. However, it is necessary to seek for a more flexible bureaucracy to improve the speed of their actions.

Keywords: Covid-19. Right to health. State management models.

INTRODUÇÃO

A pandemia do coronavírus vem afetando a gestão pública de saúde nos diversos países do mundo, em especial na gestão dos leitos de UTI e tal fato não foi diferente no Brasil, onde ganha contornos especiais em face da falta de articulação entre os entes federativos, da má distribuição de renda entre a população, saneamento básico deficitário, serviço de saúde precário etc.

Dentre as querelas envolvendo a pandemia e o direito à saúde, encontra-se a questão da oferta de leitos de UTI. Ocorre que, segundo o Ministério da Saúde², a enfermidade, em casos mais graves, provoca insuficiência respiratória aguda podendo evoluir rapidamente para o óbito da pessoa infectada, necessitando dessa forma, de sua internação em leitos de tratamento intensivo.

Nesse ponto, faz-se necessário indagar como o estado brasileiro melhor promoveria o enfrentamento dessa doença. Esta questão passa por definir qual tipo de modelo estatal (mínimo, intervencionista ou regulador) deveria ser adotado pela administração pública brasileira para enfrentar não apenas essa demanda como outras similares. Sendo assim, objetiva-se, a partir da análise da demanda por leitos de UTI em face da Covid-19, inferir qual tipo de modelo de estado possui a maior capacidade de enfrentamento dessa enfermidade para ser adotado no Brasil.

Deste modo, o trabalho será confeccionado a partir de uma pesquisa pura, de caráter qualitativo, de cunho descritivo, a partir de levantamento bibliográfico e documental. Para esse fim, o artigo dividirá em três seções, sendo a primeira

² BRASIL. **Sobre a doença.** Ministério da Saúde. 2020a. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 23 maio 2020.

destinada a abordar o direito à saúde e o problema do acesso de leitos de UTI pelo SUS; em seguida discorrer-se-á sobre a Covid-19 e seus efeitos relativos a demandas de UTI; e no terceiro momento, serão discutidos os modelos de gestão estatal com enfoque na gestão de políticas públicas de saúde.

1. O DIREITO À SAÚDE E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO AOS LEITOS DE UTI PELO SUS

A saúde constitui uma condição essencial para a promoção da dignidade do ser humano. Logo, pensar nesse direito sem levar em conta a perspectiva de seu beneficiário consiste em um processo de coisificação não condizentes com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana contido no art. 1º, III da Constituição de 1988 (CF/1988)³.

Sendo assim, para se compreender a problemática do déficit de leitos de UTI ofertado pelo SUS, faz-se necessário avaliar a saúde como um direito fundamental; o SUS como elemento de concretização do direito à saúde; e a demanda dos leitos de UTIs pelo SUS.

1.1. DIREITO À SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

No intuito de promover um maior acesso da população à saúde, o constituinte de 1988 elencou-a como um direito coletivo dentro do rol dos direitos fundamentais⁴ - art. 6º da CF/1988. Destarte, deixou-se de entendê-la como uma faceta meramente assistencialista para tratá-la como um ramo da seguridade social (ao lado da Previdência e Assistência).

Corroborando nesse sentido, o art. 196 da CF/1988 aponta a dupla face do direito à saúde. Se para aqueles que se encontram dentro do território nacional ele constitui em um direito extensível a todos, para o Estado, passa a ser encarado como

³ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

⁴ SARLET, Ingo W; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. [S.l.: s.n][2009?] Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

um dever, o qual necessita ser concretizado por intermédio de ações pautadas nos princípios da universalização e da igualdade.

A concretização desse direito no Brasil, conforme Zaganelli e Bussinguer⁵, é realizada pelos Estados e pela iniciativa privada. No que tange a este setor, destaca-se que o constituinte (art. 199, § 1º da CF/1988) permitiu a possibilidade de sua participação no sistema público de saúde de forma complementar, por intermédio de contratos ou convênios. Esse arcabouço protetivo na experiência brasileira é concretizado pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

1.2. O SUS E SEU PAPEL NA CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Para auxiliar na concretização e universalização do direito à saúde, o constituinte de 1988 formulou a criação de um sistema de saúde, que deveria promover a ação integrada das três esferas de poder (local, regional e nacional). Coube ao art. 198 da CF/1988 disciplinar as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), cuja concretização somente ocorreu em 1990, a partir da promulgação da Lei nº 8.080⁶ (lei orgânica da saúde).

Ressaltam Júlio e Ribeiro⁷ ter sido somente com a implementação do SUS no Brasil que fora possível traçar políticas públicas baseadas na descentralização de suas ações⁸, no acesso universal e na gestão participativa. Destarte, o planejamento de qualquer ação nessa seara deveria ser baseado a partir de observações das necessidades dos usuários, da capacidade de cada ente e da oitiva de todos os setores envolvidos (profissionais de saúde, usuários e fazenda pública).

⁵ ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Universalidade e privatização: uma análise comparativa dos sistemas públicos de saúde brasileiro e francês. **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 13, n. 06, p. 61-73, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2958/2744>. Acesso em: 23 maio 2020. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v13i6.2958.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

⁷ RIBEIRO, Weslley Carlos; JÚLIO, Renata Siqueira. Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n.3, p. 447-460, set./dez. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768/1858>. Acesso em: 09 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n3.p447-460>.

⁸ Realizadas de forma coordenada e respeitando os limites da competência de cada ente.

Logo, para se buscar implementar políticas voltadas ao fornecimento de leitos de UTI pelo SUS passa-se, em um primeiro momento, em conhecer o cenário atual desse serviço, ou seja, inferir qual o número disponível, a demanda por vagas e os fatores que afetam a disponibilidade.

1.3. OS LEITOS DE UTI NO BRASIL.

Consoante o sistema de dados do SUS ⁹ e ¹⁰, os leitos hospitalares são classificados conforme o tipo de ato médico praticado (cirurgia, clínica etc.), público alvo (gestante, crianças) ou ainda em face de enfermidades. Desse modo, conforme tabela 01 tem-se os seguintes tipos de leitos: cirúrgicos, clínicos, complementares, obstétricos, pediátricos, relativos a outras especialidades e hospital dia.

Tabela 01: Distribuição de leitos hospitalares no Brasil maio/2020

TIPO	EXISTENTES	SUS	NÃO SUS
Cirúrgico	112.660	71.989	40.671
Clínico	171.764	125.271	46.493
Complementar	75.047	36.348	38.699
Obstétrico	51.372	38.550	12.822
Pediátrico	48.176	37.919	10.257
Outras especialidades	47.589	31.918	15.671
Hospital dia	10.651	4.901	5.750

Fonte: DATASUS (BRASIL, 2020b)

Dentro dos leitos considerados complementares, estão as unidades de tratamento intensivo, as quais, por sua vez, são divididas por complexidade (I, II ou III), público alvo (pediátrica, neonatal ou adulta) e pelo tipo de enfermidade (queimados, coronariana e, a partir de 2020, para acometidos de Covid-19).

Observa-se na tabela abaixo que a quantidade inferior de leitos de UTI no SUS causa uma distorção de demanda devido ao fato de parte da população brasileira não possuir capacidade financeira de manter um plano privado de saúde ou de arcar com os custos de seu tratamento nesse setor evidencia-se um excesso de usuários potenciais, se comparado ao número de vagas. Isso gera além das filas de espera

⁹ BRASIL. **DataSUS leitos**. Ministério da Saúde. 2020b. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁰ Buscou-se atualização, todavia o sítio encontrava-se em manutenção.

nas centrais de distribuição de leito o apelo a demandas judiciais para ter a alocação do enfermo em um leito em um tempo mais exíguo.

Tabela 02: Distribuição de leitos de UTI no Brasil maio/2020

TIPO	EXISTENTES	SUS	NÃO SUS
UTI II adulto Covid 19	13.576	3.146	10.430
UTI II pediátrica Covid 19	708	75	633
UTI adulto tipo I	6386	396	5990
UTI adulto tipo II	19102	12340	6762
UTI adulto tipo III	5345	2361	2984
UTI Pediátrica tipo I	864	75	789
UTI Pediátrica tipo II	2864	1973	891
UTI Pediátrica tipo III	1102	594	508
UTI Neonatal tipo I	1541	20	1521
UTI Neonatal tipo II	6131	4154	1977
UTI Neonatal tipo III	1501	702	795
UTI de Queimados	232	153	79
UTI Coronariana tipo II	815	259	556
UTI Coronariana tipo III	231	36	195

Fonte: DATASUS (BRASIL, 2020b)

Nesse cenário de ofertas de leitos de UTI a pandemia de Covid-19 veio para agravar um sistema já sobrecarregado, como se verá na seção seguinte.

2. COVID-19 E A DEMANDA POR UTIS: O PONTO DE INFLEXÃO DA SAÚDE PÚBLICA BRASILEIRA

O vírus causador da Covid-19 caracteriza-se por ter alta taxa de transmissão com baixa taxa de mortalidade¹¹. Desse modo, apesar de um percentual pequeno de mortes - se comparado com outros viroses das vias respiratórias tal como a da H1N1¹², em face da sua acelerada transmissão, teve seus casos disseminados em todo o globo em menos de 01 ano de sua detecção. No mundo, até 24 de setembro de 2020, já chegam a 31.829.901 de infectados e de 976.259 mortes¹³. Como se verá a seguir, o Brasil desponta nesse cenário como um dos países mais atingidos, com

¹¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Clinical management of COVID-19**: interim guidance, 27 may 2020. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/clinical-management-of-covid-19>. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹² TEIXEIRA, Camila Melo do Egypto et al. Análise comparativa das pandemias COVID-19 e H1N1. **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v.3, n.2, p. 3591-3595, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9132>. Acesso em: 24 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.34119/bjhrv3n2-188>

¹³ BBC. **Coronavírus: casos mapeados**. São Paulo, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51713943>. Acesso em: 24 set. 2020.

a curva de crescimento ainda não estabilizada.

2.1. A COVID-19 E SEUS NÚMEROS NO BRASIL

Conforme dados do Ministério da Saúde¹⁴ a Covid-19 foi diagnosticada pela primeira vez em 27/02/2020. Desde então, a referida enfermidade encontra-se em plena expansão. Analisando os diagnósticos positivos notificados às autoridades da Vigilância Sanitária, infere-se que, apesar de um início lento, a curva de transmissão da doença teve sua ascensão para São Paulo por volta do início de abril, ao passo que para os demais estados apresentados no gráfico 2 esse crescimento ocorreu a partir da segunda quinzena daquele mês.

Destaca-se que até 24 de setembro de 2020, já foram diagnosticados 4.657.702 casos de COVID-19, dos quais 139.808 obtiveram óbito¹⁵. Isso demonstra a grande capacidade de propagação do vírus apesar da maioria dos estados terem estabelecido *lockdown* de sua população, com a permissão de funcionamento de serviços essenciais tais como farmácias e supermercados.

Fato semelhante pode ser identificado com a curva de óbitos decorrentes de Covid-19. Conforme dados do Ministério da Saúde¹⁶, São Paulo, iniciou a elevação do número de mortos a partir de 02/04/2020 encontrando-se a curva em plena ascensão. Já os demais estados tiveram essa evidência no final de abril e início de maio, mantendo a tendência de crescimento. Esse crescimento exerceu pressão dos números de leitos de UTI ofertados pela unidade da federação, conforme se observará no próximo tópico.

2.2. O AUMENTO NA DEMANDA DE LEITOS DE UTI

A causa das mortes associadas ao Covid-19 está relacionada à insuficiência respiratória aguda, a qual impõe aos doentes que apresentam esta sintomatologia a necessidade de internação em unidades de tratamento intensivo, com uso de

¹⁴ BRASIL. **Coronavírus Brasil**. Ministério da Saúde. 2020c. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 24 set. 2020.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ BRASIL. **Coronavírus Brasil**. Ministério da Saúde. 2020c. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 24 set. 2020.

ventiladores para evitar efeitos deletérios da hipóxia¹⁷. Em face disso houve a necessidade de destinação de leitos de UTI exclusivos para essa enfermidade.

No que concerne aos casos de Covid-19, segundo o dataSUS¹⁸, há uma predominância de oferta na rede privada em comparação aos destinados ao SUS. Até 23 de maio de 2020¹⁹, dos 13.576 leitos para adultos infectados, apenas 3146 faziam parte do SUS enquanto 10.430 eram ofertados na rede privada. Esse quadro se repete em relação à UTI pediátrica, tem-se que 75 seriam disponibilizados pelo SUS ao passo que 633 pertenceriam à iniciativa privada.

Ocorre que a taxa de ocupação dos leitos de UTI por coronavírus varia conforme a quantidade de disseminação da doença, bem como o tamanho da população e oferta de equipamentos. Até o dia 26 de junho de 2020, segundo reportagem do G1²⁰, a taxa de ocupação dos leitos de UTI variava conforme o estado membro analisado, chegando no caso do Mato Grosso do Sul a 97%. Esse quadro pode se agravar em determinadas regiões visto que o Brasil ainda se encontra no estágio de crescimento de propagação do vírus.

Logo, o enfrentamento dessa enfermidade exige velocidade de resposta objetivando a concretização de ações (construção, contratação ou requisição de novos leitos de UTI) associada a universalização da sua oferta pelo SUS. Desse modo, a escolha de qual modelo administrativo adotar passa pela compreensão de suas características, o que será abordado abaixo.

3. OS TRÊS MODELOS DE ESTADO E A SUA RELAÇÃO COM AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL PÓS 1988

A formação dos três modelos de gestão estatal está intimamente ligada a

¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Clinical management of COVID-19**: interim guidance, 27 may 2020. Geneva: OMS, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/clinical-management-of-covid-19>. Acesso em: 25 jun. 2020.

¹⁸ BRASIL. **DataSUS leitos**. Ministério da Saúde. 2020b. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 23 maio 2020.

¹⁹ Buscou-se atualização dos dados para o presente artigo, mas o sítio estava temporariamente em manutenção.

²⁰ G1. **Veja taxa de ocupação nas UTIs, testes feitos e pacientes recuperados da COVID-19 em cada estado do Brasil**, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/10/veja-taxa-de-ocupacao-nas-utis-testes-feitos-e-pacientes-recuperados-da-covid-19-em-cada-estado-do-brasil.ghtml>. Acesso em: 26 jun. 2020.

transformações econômico-sociais vividas pela sociedade ocidental pós a formação dos estados modernos. Entender esse contexto facilita a absorção de suas características e as razões de suas adoções pela administração pública brasileira pós 1988.

Destaca, previamente, ser a Constituição de 1988 fruto de um processo de redemocratização no qual se buscou conciliar aspectos liberais e sociais. Desse modo, toda a construção e interpretação do texto constitucional, bem como a escolha de que tipo de modelo estatal (mínimo, intervencionista ou gerencial) deve se levar em conta essa formulação conciliatória entre o liberal e o social, o individual e o coletivo, a liberdade e a igualdade. Disposições atinentes à ordem econômica e financeira, por exemplo, devem ser conciliados com os da ordem social, de modo que nenhum prevaleça sobre o outro²¹. No caso em estudo deve-se conjugar a velocidade de resposta com a universalização da medida.

3.1. O ESTADO MÍNIMO LIBERAL E A DEFESA DOS DIREITOS INDIVIDUAIS

O estado mínimo, surgiu a partir dos anseios burgueses que culminaram com as Revoluções Americana de 1776 e Francesa de 1789. Em conjunto com as ideias de Adam Smith²² brotou na sociedade o entendimento de que o Estado deveria abster-se de toda atividade econômica, competindo apenas promover a proteção de seus povos (ataques externos e internos), desenvolver um sistema de justiça e realizar obras e atividades em que a iniciativa privada não teria condições de individual ou coletivamente realizar, tais como construções de pontes ou despesas com educação.

Quanto à essa última função, Adam Smith²³ destaca que somente seria possível sua implementação quando houvesse um claro ganho social. Logo, o que caracteriza o estado mínimo é uma abstenção estatal quase que completa, na busca de se respeitar direitos individuais e a ação do mercado.

²¹ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARDOSO, Nardejane Martins. **Desenvolvimento humano como bem comum**: as políticas de saúde no Brasil. Fortaleza: Unifor, 2015.

²² SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. LIMA, Norberto de Paula (trad.). 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. E-book.

²³ Ibidem.

Esse modelo estatal começou a ser questionado pós revolução industrial e da exploração de uma nova classe social, o proletariado, que tinham exaustivas jornadas de trabalho, sem grandes proteções à sua integridade física ou laboral. Heller²⁴ entendia ser uma utopia acreditar que o próprio mercado, ao longo do tempo, promovesse a eliminação de distorções, gerando distribuição de renda e melhor qualidade de vida a todos. Com a defesa da necessidade de um estado que buscasse a garantir o bem estar social de seu povo. Haveria, portanto, situações que necessitariam a intervenção estatal para corrigir os possíveis efeitos deletérios da livre concorrência. Passa-se a defender os direitos sociais.

Desse modo, o excesso de liberdade pela iniciativa privada cobrava seu preço. Esse contexto ensejou a criação das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919 com a inclusão em seus textos dos direitos sociais, surge, assim, o estado interventor objeto da próxima seção.

3.2. O ESTADO INTERVENTOR E O WELFARE STATE

Os direitos sociais foram incorporados no âmbito constitucional a partir das Constituições Mexicana de 1917 e de Weimar, na Alemanha, em 1919, que, a partir de então exigiram do Estado uma postura ativa, no intuito de serem concretizados. Porém, mesmo com previsão constitucional, tais direitos eram tidos apenas como promessas políticas do texto constitucional, sem nenhuma possibilidade de imposição para a sua efetiva realização.

Na seara jurídica duas grandes contribuições auxiliaram o Estado a perseguir a concretização dos direitos sociais. A primeira delas é o da força normativa da constituição²⁵, a qual defendia que os princípios contidos nas constituições não eram apenas disposições de conteúdo político, possuindo força de lei, portanto vinculando a atuação do legislativo, executivo e judiciário.

²⁴ HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. TOBIO, Luis. México: Fondo de Cultura Económica, 2015. p. 196. E-book.

²⁵ HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

A segunda contribuição refere-se ideia de norma programática defendida por Canotilho²⁶. Para o jurista português todas as normas descritas no texto constitucional descrevem uma ordem do poder constituinte para as futuras gerações de como um projeto de sociedade a ser perseguido. Sendo assim, a formulação de leis e políticas públicas devem ser baseadas nos ditames constitucionais.

O estado do bem estar social, se por um lado visava corrigir distorções sociais decorrentes do capitalismo, por outro representou um aumento das despesas públicas. Implementar políticas nessa área envolve a existência de um quadro de administradores qualificados, construção e manutenção de equipamentos, que implicam no aumento do custeio e, por conseguinte, da arrecadação tributária para o equilíbrio orçamentário.

Ademais, esse modelo possui um segundo ponto negativo, a burocracia, cuja críticas destacam seu caráter centralizador e a restrição da liberdade de escolha dos indivíduos²⁷. Tais ideias se baseiam em três premissas: a burocracia não está imune a problemas de corrupção; deixa a tomada de decisão mais lenta por exigir um exigir o cumprimento de uma cadeia hierárquica de estudos e aprovações; e sua centralização das decisões torna-as menos efetivas devido ao lapso temporal decorrente entre o início da necessidade e a decisão propriamente dita. Era o alicerce para a implantação do modelo gerencial.

3.3. O ESTADO GERENCIAL

O começo da contestação do estado social se deu na década de 70 do século XX quando houve a crise no preço do petróleo, a qual desorganizou toda economia mundial. Esse cenário acarretou o aumento dos custos de produção da iniciativa privada, que somado a alta tributação decorrente de um estado de bem estar social levaram o empresariado e a diversos teóricos pleitearem a retomada dos

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2012. p. 217.

²⁷ NUNES, Antônio José Avelãs. As duas últimas máscaras do estado capitalista. Fortaleza, **Pensar**, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011. p. 458. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2159/1760>. Acesso em: 26 abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.409-476>.

pensamentos liberais, constituindo o que fora denominado de neoliberalismo.

Disserta Fukuyama²⁸, ser na década de 90, com a reunião de instituições financeiras internacionais tais como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial juntamente com o governo dos Estados Unidos para traçar diretrizes de como as políticas macroeconômicas dos países deveriam ser tratadas, que houve um maior impulso pelo modelo gerencial. A partir de então plantou-se a ideia de que o estado deveria transferir para a iniciativa privada atividades que, até então, estavam em seus domínios.

Todos esses fatores fizeram com que muitos estados nas últimas décadas do século XX deixassem o modelo interventor para adotar o estado mínimo ou um híbrido, o regulador (gerencial). Este último se caracteriza pela descentralização administrativa de várias atividades estatais repassando-as ou para agências reguladoras ou para organizações privadas, competindo a estas cumprir as metas anteriormente traçadas pelo governo. Para tanto, gozariam de autonomia política e financeira, capazes de lhes conferir liberdade das suas decisões, pautadas por argumentações técnicas.

No Brasil esse modelo somente se concretizou no governo de Fernando Henrique Cardoso, com a Emenda Constitucional nº 19/1998²⁹ - a reforma administrativa. Visava-se com essa modificação: descentralizar a administração pública por intermédio da criação de agências reguladoras; reduzir o tamanho do quadro de servidores com o incentivo de um plano de demissão voluntária; introduzir o princípio da eficiência no rol dos princípios administrativos contidos no art. 37, caput da CF/1988; extinguir o regime jurídico único de servidores; e, mediante o processo de privatizações, reduzir o tamanho do estado.

²⁸ FUKUYAMA, Francis. **State building**: governance and world order in the Twenty-first Century. Londres: Profile Books, 2005. Posição 241 de 2737. E-book.

²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

3.4. QUE TIPO DE MODELO DE ESTADO ESCOLHER?

Como visto, as ações promovidas pelo estado Brasil visam minimizar os efeitos da Covid-19 no intuito de possibilitar uma chance de recuperação e, assim, preservar vidas. Desta forma, a escolha do tipo de modelo estatal irá depender da eficiência e celeridade nas respostas das demandas causadas pelo coronavírus somada a maior disponibilidade para os usuários (universalização).

Nesse prisma, a adoção do estado mínimo, próximo da concepção liberal original a perspectiva de sucesso da empreitada é reduzida. Isso se deve ao fato de o Brasil ser um país com grande desigualdade social, com a maior parte de sua população composta por pobres incapazes de promover o sustento de sua família. Esse modelo acarretaria ter um grande número dessa população desamparada, potencializando a probabilidade de óbito.

Já o estado interventor possui como pontos positivos a maior competência para alocação de recursos, principalmente com a possibilidade de transferir rubricas orçamentárias, contrair empréstimos, emitir moedas; devido ao fato de ter maior ingerência no mercado, possui maior capacidade de requisitar o uso de leitos de UTI privados; por fim, é o estado que, à primeira vista pode atender a um maior número de pessoas, fato essencial para um país em que grande parcela da sua população é formada por pobres.

Em contrapartida sua burocracia tende a tornar mais lento o tempo para uma decisão efetiva podendo ocasionar no combate ao coronavírus um maior número de contaminados, de demandas por leitos de UTI e mortes. Consequências similares ocorrendo quando as medidas se mostram insuficientes, gerando novo processo de tomada de decisões.

Por sua vez, o estado regulador tende ser considerado o mais apto ao combate do Covid-19. Em primeiro lugar, pela tecnicidade de suas agências tendem a tomar ações mais técnicas e eficazes. No cenário brasileiro, havendo a descentralização da saúde para alguma agência, em face dela dispor de um menor grau de hierarquização (burocracia), promoveria uma ação em um tempo menor, se comparado ao estado interventor. Ademais, pela própria concepção de agência, haveria pouco espaço para interferência política.

Contudo esse modelo traz como aspectos negativos o acesso da população mais carente. Como visto, em face da livre concorrência, alguns serviços e públicos tornam-se economicamente desinteressantes, necessitando de mecanismos e políticas de incentivo. Devido sua tecnicidade, pode haver por parte das agências uma não sensibilização nesse sentido, gerando uma diminuição da oferta de serviços.

Desse modo, levando-se em consideração a situação econômica da população brasileira composta em sua maioria por pobres ainda é o estado interventor o mais apto a proporcionar o acesso à saúde a esta população. Tal circunstância condiz com os fundamentos e objetivos para a saúde pensados pelo constituinte de 1988.

CONCLUSÕES

Por tudo o que fora exposto crise dos leitos de UTI decorrentes da Covid-19 pode servir como ponto de inflexão para o gerenciamento estatal. Ao invés de se buscar a cada dia a sua diminuição para um estado eminentemente regulador ou, de maneira mais radical, para um estado mínimo liberal, compete aos administradores públicos e aos poderes legislativos buscarem efetivar o direito à saúde por intermédio de um estado interventor mais eficiente.

A eficiência estaria atrelada a circunstâncias de desburocratização, com a redução da cadeia de hierarquização para a tomada de decisões. Além disso, passa por se buscar um melhor treinamento dos servidores envolvidos, a alocação de recursos para uma ampliação da capilaridade na oferta de serviços.

Por fim, tendo em vista esta pandemia ser previsível, principalmente na perspectiva de um mundo globalizado, faz-se necessário a prevenção de novas crises como esta. Para tanto deve-se criar uma lei de contenção de epidemias e pandemias na qual serão tratadas questões como monitoramento, notificação, quarentena, *lockdown*, planos para retomada das atividades e outras circunstâncias atinentes à enfermidade.

REFERÊNCIAS

BBC. **Coronavírus: casos mapeados**. São Paulo, 24 set. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-51713943>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. **Sobre a doença**. Ministério da Saúde. 2020a. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **DataSUS leitos**. Ministério da Saúde. 2020b. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 23 maio 2020.

BRASIL. **Coronavírus Brasil**. Ministério da Saúde. 2020c. Disponível em: http://cnes2.datasus.gov.br/Mod_Ind_Tipo_Leito.asp?VEstado=00. Acesso em: 24 set. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. 11. reimp. Coimbra: Almedina, 2012.

FUKUYAMA, Francis. **State building: governance and world order in the Twenty-first Century**. Londres: Profile Books, 2005. E-book.

G1. **Veja taxa de ocupação nas UTIs, testes feitos e pacientes recuperados da COVID-19 em cada estado do Brasil**, 10 jun. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/10/veja-taxa-de-ocupacao-nas-utis-testes-feitos-e-pacientes-recuperados-da-covid-19-em-cada-estado-do-brasil.ghtml>. Acesso em: 26 jun. 2020.

HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. TOBIO, Luis. México: Fondo de Cultura Económica, 2015. E-book.

HESSE, Konrad. **Força normativa da constituição**. MENDES, Gilmar Ferreira (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

NUNES, Antônio José Avelãs. "As duas últimas máscaras do estado capitalista". **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 409-476, jul./dez. 2011. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2159/1760>. Acesso em: 26 abr. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.5020/23172150.2012.409-476>.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Clinical management of COVID-19**: interim guidance, 27 may 2020. Genebra: OMS, 2020. Disponível em: <https://www.who.int/publications/i/item/clinical-management-of-covid-19>. Acesso em: 25 jun. 2020.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARDOSO, Nardejane Martins. **Desenvolvimento humano como bem comum**: as políticas de saúde no Brasil. Fortaleza: Unifor, 2015.

RIBEIRO, Weslley Carlos; JÚLIO, Renata Siqueira. "Direito e sistemas públicos de saúde nas constituições brasileiras". **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 15, n.3, p. 447-460, set./dez. 2010. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2768/1858>. Acesso em: 09 dez. 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.14210/nej.v15n3.p447-460>.

SARLET, Ingo W; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88**. [S.l.: s.n][2009?] Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf. Acesso em: 10 dez. 2019.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**: uma investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações. LIMA, Norberto de Paula (trad.). 4.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. E-book.

TEIXEIRA, Camila Melo do Egypto *et al.* "Análise comparativa das pandemias COVID-19 e H1N1". **Brazilian Journal of Health Review**, Curitiba, v.3, n.2, p. 3591-3595, mar./abr. 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BJHR/article/view/9132>. Acesso em: 24 set. 2020. DOI: <https://doi.org/10.34119/bjhrv3n2-188>.

ZAGANELLI, Juliana Costa; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. "Universalidade e privatização: uma análise comparativa dos sistemas públicos de saúde brasileiro e francês". **Revista Brasileira de Direito**, São Paulo, v. 13, n. 06, p. 61-73, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2958/2744>.

Acesso em: 23 maio 2020. DOI: 10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2016.v13i6.2958.

48. IMPACTOS DA PANDEMIA DE COVID-19 PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO DO CEARÁ

IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC ON THE LEGAL EDUCATION OF THE STATE OF CEARÁ



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-48>

Mateus Rodrigues Lins¹

Lívia Chaves Leite²

Resumo

Com base em dados coletados de uma amostra de 66 (sessenta e seis) docentes do ensino superior de Direito, este artigo se propõe a analisar de que modo a migração das aulas presenciais para as aulas síncronas impactaram a educação jurídica de graduações e pós-graduações privadas e públicas no Estado do Ceará. A metodologia utilizou pesquisa empírica do tipo *survey* com a elaboração de formulário no *Google Forms*. A pesquisa bibliográfica consistiu em uma revisão de literatura integrativa que se realizou a partir de uma filtragem com base em algoritmos na plataforma *Web of Science*. Com este critério, foram selecionados três trabalhos, dentre as principais publicações em escala global sobre a temática da educação durante a pandemia de COVID-19, para compor as discussões desta pesquisa. Os resultados à análise dos dados coletados apontam que as plataformas virtuais sugerem novas possibilidades para o ensino jurídico ao longo das próximas décadas. Concluiu-se que há possibilidade de vislumbrar uma tendência a uma percepção heterogênea de ensino que seja capaz de adaptar as aulas síncronas às aulas presenciais em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará.

Palavras-chave: Educação Jurídica. Covid-19. Aulas síncronas. Direito à educação.

Abstract

Based on data collected from a sample of 66 (sixty-six) higher education law professors, this article proposes to analyze how the migration from classroom to synchronous classes impacted the legal education of private and public graduations and post-graduations in the State of Ceará. The methodology used empirical survey-type research with the elaboration of form in Google Forms. The bibliographic survey

¹ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Pesquisador bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Membro do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Culturais (GEPDC/UNIFOR).

² Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Pesquisadora do grupo Ensino e Pesquisa no Direito (GEPEDI).

consisted of a review of integrative literature that was carried out from a filtering based on algorithms in the Web of Science platform. With this criterion, three papers were selected, among the main publications on a global scale on the theme of education during the COVID-19 pandemic, to compose the discussions of this survey. The results of the analysis of the data collected indicate that virtual platforms suggest new possibilities for legal education over the coming decades. It was concluded that there is a possibility of glimpsing a trend towards a heterogeneous perception of teaching that is capable of adapting the synchronous classes to the face-to-face classes in undergraduate and graduate public and private universities in the State of Ceará.

Keywords: Legal Education. Covid-19. Synchronous classes. Right to education.

INTRODUÇÃO

Frente à pandemia da COVID-19, acentuou-se uma demanda crescente por novas estruturas capazes de atender a novas necessidades sociais diante de um contexto de incertezas. Com adoção de práticas imediatas por diversos Estados do Brasil, como o distanciamento social e, em casos mais extremos, o *lockdown*, o sistema educacional enfrenta drásticas transformações, uma vez que as instituições de ensino, tanto públicas quanto privadas, foram um dos primeiros locais a enfrentarem determinações para fechamento.

Diante disso, o Conselho Nacional de Ensino aduziu que os meios tecnológicos, regulamentados pela Portaria nº 2.117 de 2019 do Ministério da Educação (MEC), estão aptas a suprir a antiga demanda pelo ensino presencial, havendo uma transferência do local de ensino das instituições para o âmbito domiciliar³. Após, em 17 de março de 2020, foi editada a portaria nº 343/2020, que possibilitou as instituições federais de ensino substituir as aulas presenciais por aulas remotas, durante um prazo prorrogável de trinta dias. E, em 1 de abril de 2020, foi editada a Medida provisória nº 934/2020, que estabeleceu a possibilidade do não cumprimento dos 200 dias letivos, estabelecidos na Lei Nº 9.394/96.

Apesar de incontestável o avanço tecnológico da sociedade no último século, ainda que exista uma conexão virtual sem precedentes, o ensino jurídico

³OLIVEIRA, Vanessa Batista; BRITO, Jana Maria; BRAGA, Phelipe Bezerra; MAGALHÃES, Victor Alves. Ensino Jurídico e Quarentena. Fortaleza: Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará e Petit Comité de Recherche, p. 4. Disponível em: <http://oabce.org.br/2020/04/comissao-da-oab-ce-lanca-cartilha-sobre-ensino-juridico-e-quarentena/>. Acesso em: 20 set, 2020.

permanece, em alguma medida, obsoleto e padronizado. Assim, não é tão simples uma transição para um ensino síncrono, principalmente diante de um cenário que requereu bruscas adaptações, com transferência do espaço de ensino-aprendizagem para os âmbitos domésticos por meio do espaço virtual⁴. Lilia Schwarcz⁵ alerta sobre a confusão e insegurança causados pelo novo coronavírus, argumentando que, acima de tudo, a pandemia traz consigo um propósito a ser aplicado nas instituições sociais, de modo a reformulá-las com maior qualidade para as próximas décadas.

É a partir dessa compreensão inicial que o presente trabalho tem como foco, as repercussões voltadas à área da educação, em especial, o ensino jurídico. De tal modo, objetiva-se analisar de que modo a migração das aulas presenciais para um ambiente virtual impactaram o ensino jurídico de graduações e pós-graduações privadas e públicas no Estado do Ceará.

Para isso, realizou pesquisa empírica do tipo *survey*, com caráter exploratório e abordagem qualitativa. Foi elaborado formulário na plataforma *Google Forms* e enviado por *e-mail* e por *Whatsapp* tanto a professores membros quanto a professores atendidos por programas desenvolvidos pela Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará (OAB-CE) que lecionam em graduações e pós-graduações de instituições públicas e particulares do Estado do Ceará.

A pesquisa contou com a amostra de 66 (sessenta e seis) respostas voluntárias e anônimas, em simetria com o art. 1º, I da Resolução Nº 510 de 7 de abril de 2016 do Ministério da Saúde e com a Resolução Nº 466 de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, prezando pelos objetivos éticos da pesquisa científica e pelo consentimento livre e esclarecido de todos os participantes.

Anteriormente à realização desta pesquisa, foi formalizado pedido à presidência da Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Estado do Ceará que, após autorização, viabilizou o contato com os professores. Apenas então, confeccionou-se o formulário, tendo por fundamento o objetivo deste artigo

⁴ FGV Direito SP. Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI). Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/centro-de-pesquisa/centro-de-ensino-pesquisa-inovacao>. Acesso em 17 jun, 2020.

⁵ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Quando acaba o século XX. Editora Companhia das Letras. 2020, p. 13.

científico.

Para além do formulário, a investigação bibliográfica se pautou em uma revisão de literatura integrativa a partir de uma filtragem com base em algoritmos na plataforma *Web of Science*. Com este critério, foram selecionados três trabalhos, dentre as principais publicações em escala global sobre a temática da educação durante a pandemia de COVID-19, para compor as discussões desta pesquisa.

1. DO LEVANTAMENTO EMPÍRICO

Com o foco quanto à preparação dos professores para o processo de migração das aulas presenciais para as aulas síncronas, iniciou-se com as seguintes perguntas: 1) "Você já participou de algum curso formativo sobre o uso de plataformas online voltadas para o ensino?"; 2) "Anteriormente ao isolamento social, você ministrava aulas on-line?".

Verificou-se que 53% (cinquenta e três por cento) dos professores participou de mais de um curso de formação. 15,2% (quinze, vírgula dois por cento) participou apenas um curso de formação. E 31,8 % (trinta e um, vírgula oito por cento) dos professores não acompanhou nenhum curso de formação. Constatou-se também que 68,2% (sessenta e oito, vírgula dois por cento) dos professores sempre realizaram aulas presenciais antes da pandemia. 27,3 % (vinte e sete, vírgula três por cento) já ministraram aulas em plataformas on-line com pouca frequência antes da pandemia. E 4,5% (quatro, vírgula cinco por cento) realizaram aulas em plataformas on-line com bastante frequência antes da pandemia.

A terceira pergunta teve o foco de compreender de que modo os profissionais estão lidando com esse processo de transição, perguntando o seguinte: 3) "Você se sente completamente à vontade com o uso das plataformas online disponíveis?".

Em resposta, verificou-se que 69,7% (sessenta e nove, vírgula sete por cento) dos professores se sentem completamente à vontade com o uso das plataformas on-line. 30,3% (trinta, vírgula três por cento) não se sentem completamente à vontade com o uso.

Referente a quarta e a quinta perguntas, o formulário, em seu terceiro passo, teve a finalidade de perceber como a interação entre alunos e professores ocorre

durante as aulas síncronas, avaliando a motivação no decorrer desse processo. Questionou-se: 4) "De que modo o formato das aulas na modalidade online afetaram a sua motivação?"; 5) "Como você avalia a participação dos alunos durante as aulas na modalidade online?".

Constatou-se que 36,4 % (trinta e seis, vírgula quatro por cento) dos professores elevaram a motivação com as aulas síncronas. 40,9% (quarenta, vírgula nove por cento) dos professores não sofreram alteração quanto à motivação. E 22,7% (vinte e dois, vírgula sete por cento) tiveram uma redução na motivação para lecionar as aulas. Verificou-se também que 10,6% (dez, vírgula seis por cento) dos professores responderam que houve maior participação dos alunos durante as aulas síncronas. 31,8% (trinta e um, vírgula oito por cento) afirmaram que a participação se manteve estável. E 57,6% (cinquenta e sete, vírgula seis por cento) apontaram uma queda na participação dos alunos.

Por fim, com o fito de compreender os impactos que esse processo traria para o futuro do ensino jurídico e perceber as dificuldades mais latentes para eventuais ajustes, perguntou-se: 6) "Você gostaria que aulas na modalidade online fossem incorporadas ao cronograma, após a pandemia e com o fim do isolamento social?"; 7) "Qual foi o maior desafio que as aulas na modalidade online trouxeram para os professores?".

Em resposta à sexta pergunta, observou-se que 59,1% (cinquenta e nove, vírgula um por cento) dos professores enxergam de forma positiva a incorporação das aulas síncronas ao cronograma de ensino, após o período de isolamento social. 40,9% (quarenta, vírgula nove por cento) verificam de forma negativa a incorporação.

A última pergunta foi realizada em caráter aberto. Dentre os dados recolhidos, os principais desafios apresentados pelos entrevistados foram: a) organização de tempo para preparar aulas, produzir material e realizar atendimento aos alunos; b) adaptação com as ferramentas virtuais; c) problemas decorrentes da conexão com a internet; d) desânimo para elaborar e ministrar as aulas; e) a eventual gravação das aulas como um fator de inibição; f) a imprecisão para averiguar a presença dos alunos; g) interferências externas no momento da aula; h) captar a atenção dos alunos; i) acesso sincero a um feedback de aproveitamento

dos alunos; j) ausência de contato físico; k) modificação da didática; l) pouca participação dos alunos; m) ausência de capacitação específica; n) custos extras com energia e internet; o) alunos sem acesso à internet.

2. DA ANÁLISE DOS DADOS

Dos resultados obtidos pela coleta de dados, pouco mais da metade dos entrevistados realizou mais de um curso formativo para o uso das plataformas online, contudo, apenas 31,8% (trinta e um, vírgula oito por cento) da amostra pesquisada já realizava aulas na modalidade virtual anteriormente à pandemia, dos quais apenas 4,5% (quatro, vírgula cinco por cento), o que corresponde a três professores, o faziam com bastante frequência.

Esses primeiros dados sugerem que a transição da sala de aula para um espaço virtual, além de imprevisível, ocorreu como uma forma de ruptura a um sistema de ensino padronizado que não possuía o hábito de encontros didáticos promovidos para além de um espaço físico. Apesar disso, um número elevado de professores, que corresponde a 69,7% (sessenta e nove, vírgula sete por cento) dos entrevistados, sente-se confortável com o uso das plataformas virtuais.

Os dados, contudo, apontam um diálogo inverso entre a motivação dos professores e a dos alunos. Apenas 22,7% (vinte e dois, vírgula sete por cento) dos entrevistados informaram que tiveram uma baixa motivacional, enquanto 57,6% (cinquenta e sete, vírgula seis por cento) apontaram uma queda na participação dos alunos nessa modalidade de aula.

Essa contraposição requer análise mais aprofundada a partir de levantamentos complementares ao da pesquisa a serem realizados com os próprios alunos, como também, precisam ser somados ao momento de pandemia em que estudantes e professores estão inseridos. Contudo, previamente, os dados sugerem que, na percepção da amostra pesquisada, apesar da motivação dos docentes não ter sofrido tanto abalo, a dos alunos sofreu. Com isso, passa a caber às instituições de ensino, estudos sobre a viabilidade de acompanhamentos didático-pedagógicos, ou mesmo, psicológicos dos alunos durante o período de pandemia, oferecendo-os também aos professores que necessitarem.

Por fim, a diferença entre os professores que desejam que as aulas síncronas sejam incorporadas ao cronograma de ensino e os que não desejam é pouca, o que demanda estudos de viabilidade por parte das instituições de ensino, que deverão examinar, dentro de suas próprias realidades, de que forma as aulas síncronas devem ser ou não implementadas. Nesse sentido, a pesquisa sugere ajustes que precisam ser feitos anteriormente à incorporação, dentre os quais se destacam: a preparação do corpo docente; propostas de organização entre instituição de ensino e docentes para o uso do tempo dos contratos de trabalho, de forma a direcioná-los para as aulas ministradas, a produção de material didático e o atendimento aos alunos em espaço on-line; elaboração de métodos eficazes para a verificação da presença dos alunos.

Os dados coletados operam como uma baliza a ser observada para um ajuste entre o que precisa melhorar e o que não deu certo, visando um aperfeiçoamento para o ensino jurídico na região ao longo dos próximos anos, analisando, acima de tudo, as expectativas para o ensino jurídico a partir de uma construção de inteligências múltiplas e visando as habilidades profissionais do século XXI.

3. DOS FUTUROS POSSÍVEIS PARA A EDUCAÇÃO JURÍDICA

Frente a um cenário de futuros possíveis, a professora Cecilia Azorín da Universidade de Murcia, Espanha, aponta que em breve, professores, alunos e instituições de ensino irão lidar com a transição para escolas híbridas, capazes de mesclar o virtual e o presencial e que, a partir disso, duas possibilidades estarão abertas: "o retorno à educação tradicional conforme era usual anteriormente à pandemia ou uma transformação para uma nova espécie de educação"⁶. Nesse sentido, Andy Hargreaves⁷, reforça que a educação vaga por um caminho obscuro no momento, mas que, ao sair dele não teremos mais a capacidade de aceitar o ensino como era anteriormente à pandemia, porque já estaremos transformados por ela. O

⁶ AZORÍN, Cecilia. Beyond COVID-19 supernova. Is another education coming? *Journal of Professional Capital and Community*, p. 1-10, p. 1 Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JPC-05-2020-0019>. Acesso em 25 jul, 2020.

⁷ HARGREAVES, Andy. What's next for schools after coronavirus? Here are 5 big issues and opportunities, 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/whats-next-for-schools-after-coronavirushere-are-5-big-issues-and-opportunities-135004>. Acesso em 25, jul, 2020.

autor aponta que, dentre as perspectivas de futuros possíveis: a) os estudantes demandarão maior suporte em razão de diversos fatos psicossociais, em especial, situações de estresse; b) preocupação com o bem-estar das pessoas envolvidas no processo de ensino – alunos e professores; c) cenário de maior gratidão aos mentores do ensino; d) educação pautada em vocação e treinamento de habilidades essenciais; e) Projetos de difusão tecnológica para alunos sem acesso à internet. Cecilia Azorín⁸ acrescenta a esse cenário, a possibilidade de maiores conexões e construções de redes de conhecimento, cooperação e aprendizado.

Lior Naamati Schneider, Adaya Meirovich e Niva Dolev⁹, afirmam que o momento da pandemia é espaço necessário para o desenvolvimento de habilidades essenciais aos profissionais do século XXI, em especial, a inteligência emocional, intrapessoal e interpessoal, além da tolerância a movimentos de estresse e adaptabilidade – questões conexas à criatividade e à flexibilidade cognitiva. Com isso, as autoras apontam a necessidade do desenvolvimento de modelos metodológicos como ferramentas para o desenvolvimento dessas habilidades durante e após o período da pandemia.

Como forma de costura tanto aos futuros possíveis quanto à necessidade do desenvolvimento das habilidades profissionais para o século XXI, a metodologia proposta por Allan Carrington¹⁰, intitulada de a roda pedagógica, apresenta-se como uma forma, dentre diversas possibilidades, de utilizar os recursos disponíveis pelos professores das instituições públicas e privadas do Estado do Ceará, para atender às expectativas para o ensino jurídico neste século.

O modelo proposto por Allan Carrington consiste em situar os aplicativos móveis e as plataformas virtuais dentro de uma estrutura integrada ao pensamento pedagógico, de forma a associar o uso desses aplicativos aos objetivos educacionais aos quais eles deverão servir. Baseado no modelo SAMR, desenvolvido por Ruben Puentedura, a roda pedagógica entende que a tecnologia permite às pessoas

⁸AZORÍN, Cecilia. Beyond COVID-19 supernova. Is another education coming? *Journal of Professional Capital and Community*, p. 1-10, p. 3 Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JPC-05-2020-0019>. Acesso em 25 jul, 2020.

⁹SCHNEIDER Lior Naamati; MEIROVICH Adaya; DOLEV, Niva. Soft Skills On-Line Development in Times of Crisis. *Revista Românească pentru Educație Multidimensională*. V. 12, n. 1 p. 122-129, jan, 2020, p. 124 Disponível em: <https://doi.org/10.18662/rrem/12.1sup2/255>. Acesso em 25, jul, 2020

¹⁰ CARRINGTON, Allan. The Pedagogy Wheel. *Teach Thought*, 2020. Disponível em: <https://www.teachthought.com/technology/the-pedagogy-wheel/>. Acesso em: 25, jul, 2020.

pensarem de diferentes formas a realidade às quais estão situadas, bem como, solucionar novos desafios. Desse modo, as plataformas são utilizadas, em um primeiro grau, como substitutas das ferramentas já conhecidas pelo ensino - como um lápis ou um quadro branco. Em momento posterior, a substituição é aperfeiçoada por programas, como o fato de trocar a escrita de um trabalho à mão pela escrita do mesmo trabalho em documento *word*, suplementado por um aplicativo, como o *grammally*, por exemplo. Em terceiro momento, a tecnologia passa a ser utilizada como um aspecto de modificação, por exemplo, a apresentação de seminários de forma virtual ou a apresentação de artigos científicos por meio de vídeos. Por fim, o quarto patamar reflete a redefinição das ferramentas de um ensino tradicional, que consiste no uso da tecnologia de forma experimental para o desenvolvimento de novos desafios que não seriam concebíveis em um formato presencial.

É compreendendo o modelo SAMR e com base nos seguimentos apresentados que Allan Carrington organizou em um círculo os aplicativos por meio de ações que os mesmos podem prover a favor do ensino, trabalhando a perspectiva da substituição, argumentação, modificação e redefinição.

CONCLUSÃO

Os resultados à análise dos dados coletados apontam que, embora as aulas fossem preponderantemente presenciais antes da pandemia, as ferramentas virtuais apontam novas possibilidades para que ensino jurídico atinja as expectativas para a formação profissional do século XXI. Concluiu-se, de forma incipiente, que é possível vislumbrar uma tendência à adaptação e incremento das aulas síncronas no ensino jurídico em graduações e pós-graduações de universidades públicas e privadas do Estado do Ceará. De tal modo, As novas modalidades impostas, os aplicativos móveis e as plataformas virtuais, dentro de uma estrutura integrada ao pensamento pedagógico, podem e devem servir de instrumento impulsionador para a formação e aperfeiçoamento de habilidades essenciais e conhecimentos por parte de alunos que, através das plataformas *online*.

REFERÊNCIAS

AZORÍN, Cecilia. Beyond COVID-19 supernova. Is another education coming? **Journal of Professional Capital and Community**, p. 1-10. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JPCC-05-2020-0019>. Acesso em 25 jul, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução Nº 510, de 7 de abril de 2016. Dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possa acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução. **Diário Oficial da União** 2016; 8 abr. Disponível em: <http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/Reso510.pdf>. Acesso em 09 jul, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. **Lei Nº 9394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 10 jun, 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Medida Provisória n. 934, de 1 de abril, 2020. Estabelece normas excepcionais sobre o ano letivo da educação básica e do ensino superior decorrentes das medidas para enfrentamento da situação de emergência de saúde pública de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da União**: seção 1 – Extra, Brasília, DF, ed. 63-A, p. 1, 01 abr. 2020, Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br>. Acesso em: 09 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Portaria 343, de 17 de março de 2020. Dispõe sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durar a situação de pandemia do Novo Coronavírus - COVID-19. **Diário Oficial da União**, 18/03/2020, Edição: 53, Seção, Página 39. Portaria nº 345/2020. Disponível em: <https://abmes.org.br/arquivos/legislacoes/Portaria-mec-345-2020-03-19.pdf>. Acesso em: 25 jul, 2020.

CARRINGTON, Allan. **The Padagogy Wheel**. Teach Thought, 2020. Disponível em: <https://www.teachthought.com/technology/the-padagogy-wheel/>. Acesso em: 25, jul, 2020.

FGV Direito SP. **Centro de Ensino e Pesquisa em Inovação (CEPI)**. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/centro-de-pesquisa/centro-de-ensino-pesquisa-inovacao>. Acesso em 17 jun, 2020.

HARGREAVES, Andy. **What's next for schools after coronavirus?** Here are 5 big issues and opportunities, 2020. Disponível em: <https://theconversation.com/whats-next-for-schools-after-coronavirushere-are-5-big-issues-and-opportunities-135004>. Acesso em 25, jul, 2020.

OLIVEIRA, Vanessa Batista; BRITO, Jana Maria; BRAGA, Phelipe Bezerra; MAGALHÃES, Victor Alves. **Ensino Jurídico e Quarentena**. Fortaleza: Comissão de Ensino Jurídico da Ordem dos Advogados do Ceará e Petit Comité de Recherche. Disponível em: <http://oabce.org.br/2020/04/comissao-da-oab-ce-lanca-cartilha-sobre-ensino-juridico-e-quarentena/>. Acesso em: 20 jul, 2020.

SCHNEIDER Lior Naamati; MEIROVICH Adaya; DOLEV, Niva. Soft Skills On-Line Development in Times of Crisis. **Revista Românească pentru Educație Multidimensională**. V. 12, n. 1 p. 122-129, jan, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18662/rrem/12.1sup2/255>. Acesso em 25, jul, 2020.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Quando acaba o século XX**. Editora Companhia das Letras. 2020.

49. ATUAÇÃO DA SPS NAS RESIDÊNCIAS INCLUSIVAS CEARENSES PARA A PROTEÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM TEMPOS DE COVID-19

SPS' PERFORMANCE IN THE INCLUSIVE RESIDENCES OF CEARA TO PROTECTION OF DISABLED PEOPLE IN PERIODS OF COVID-19



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-49>

Ana Beatriz de Mendonça Barroso¹

Mariana Dionísio de Andrade²

Resumo

O trabalho busca responder o questionamento: a Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos (SPS) do Estado do Ceará atendeu às medidas de prevenção ao COVID-19 nos abrigos destinados a pessoa com deficiência presentes na Recomendação nº 01/2020/16º do MPCE? Para isso, é necessário tratar assuntos como o conceito de residências inclusivas, quais as medidas previstas na recomendação nº 01/2020/16º/MPCE e se houve cumprimento das medidas por parte da SPS. A metodologia é do tipo bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa mediante dados secundários obtidos por solicitação de informação ao MPCE e verificação dos sites oficiais do Governo do Estado do Ceará, SPS e Ministério Público. Conclui-se que devido a fiscalização e inspeções constantes realizadas pelo MPCE, após a publicação da recomendação, junto aos gestores das residências inclusivas, as medidas de prevenção previstas foram cumpridas. No entanto, verificou-se ausência de transparência de informações diretas pela SPS sobre as situações das residências, logo, na ausência de acompanhamento pelo MPCE, seria desconhecida a real situação das residências em período de COVID-19.

¹ Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas - Direito Constitucional nas Relações Existenciais pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) - Pesquisadora-bolsista pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrante do Grupo de Pesquisa Núcleo de Estudos sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social - NEDTS promovido na Universidade de Fortaleza. Pesquisadora voluntária do Projeto de Pesquisa Jurimetria e pesquisa empírica em Direito (PROBIC/UNIFOR)- (2020 - andamento). Advogada. E-mail: beatrizmendoncca07@gmail.com/Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6021-4903>.

² Doutora em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco - PPGCP/UFPE (Conceito 7). (Bolsista CAPES). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Epistemologia e Método na Ciência Política Comparada (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Bolsista FUNCAP). Especialista em Direito Processual Civil. Professora da Disciplina Direito Processual Civil e Teoria Geral do Processo no curso de Graduação em Direito e professora da pós graduação lato sensu na UNIFOR e UNIF7. Pesquisadora líder do Projeto Jurimetria e Pesquisa Empírica em Direito - PROPED (PROBIC/UNIFOR). (2019-2021). Advogada. Orcid: <http://orcid.org/0000-0001-8698-9371>.

Palavras-chaves: Residências Inclusivas. COVID-19. Recomendação nº 01/2020/16º/MPCE. Pessoa com Deficiência.

Abstract

This article aims to answer the following question: Did the Social Protection, Justice, Citizenship, Women and Human Rights Office (SPS) of the State of Ceará attend the COVID-19 prevention measures in the shelters for disabled people present in the Recommendation nº 01/2020/16º of MPCE? To answer this question it is necessary discuss issues such as: what are inclusive residences, what are the measures foreseen in the Recommendation nº 01/2020/16º/MPCE, and if there was compliance with the measures by SPS. The methodology is bibliographic and documentary type, with a qualitative approach through secondary data obtained through information requests to the MPCE and verification of the official sites of the State Government of Ceará, SPS, and the Prosecutor. It is concluded that due to constant inspection and inspections carried out by the MPCE with the inclusive residences managers after the publication of the recommendation, the prevention measures foreseen were accomplished. However, there was a lack of transparency of information by the SPS on the situations of the residences. Due to, in case of absence of follow-up by the MPCE, the real situation of the residences in the COVID-19 period would be unknown.

Keywords: Inclusive residences. COVID-19. Recommendation nº 01/2020/16º/MPCE. Disabled Person.

1 Introdução

A pesquisa busca responder ao seguinte problema: a Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos (SPS) do Estado do Ceará atendeu às medidas de prevenção ao COVID-19 nos abrigos destinados a pessoa com deficiência presentes na Recomendação nº 01/2020/16º do MPCE? As pessoas com deficiência devem ter acesso à saúde garantido de forma universal e igualitário aos demais, conforme dispõe o artigo 18 da Constituição Federal de 1988. Assim, ações e serviços de saúde pública devem assegurar diagnósticos, intervenções precoces, apoio de equipes multidisciplinares, serviços de habilitação, reabilitação, atendimento domiciliar multidisciplinar, internação, atendimento psicológico dentre outros. Com o COVID-19 no Brasil e a presença das pessoas com deficiência no grupo de alto risco, apresenta-se a preocupação de como as residências inclusivas ou unidades de acolhimentos estão atuando na prevenção da doença e na garantia de proteção dos acolhidos.

Para responder ao problema, busca-se atender 3 objetivos específicos:

compreender o que são as residências inclusivas e como essas são previstas no ordenamento; apresentar as disposições da Recomendação nº 01/2020/16º do MPCE/ Núcleo de defesa do idoso e da pessoa com deficiência, e, por fim; verificar se as medidas foram adotadas pela SPS.

A metodologia é de do tipo bibliográfica e documental, com base em artigos científicos, atos normativos e notas técnicas sobre o assunto explorado. A abordagem é qualitativa com base em dados secundários levantados por solicitação de informação enviada ao MPCE com fundamento na Lei de Acesso À informação (Lei nº 12.57/11). Ainda, como complemento, verificou-se os sítios eletrônicos do Governo do Estado do Ceará, especificamente a SPS, e Ministério Público nas abas "coronavírus" e "notícias" para identificar outras informações complementares.

A relevância teórica do tema decorre da contribuição acadêmica recente sobre o tema em discussão, como a apresentação sistemática de programa estatal voltado para acolhimento de pessoas com deficiência, residências inclusivas, tema pouco explorado, principalmente quando correlacionado às medidas de proteção devido ao COVID-19. Com isso, a temática abordada possibilita a abertura de desenvolvimento de outras pesquisas investigativas e específicas. Em termos práticos, a relevância se expõe na possibilidade averiguar se mesmo com medidas normativas, na prática há uma efetiva fiscalização de como as residências inclusivas estão sendo administradas e se o respaldo do Estado se dá de forma adequada aos direitos das pessoas com deficiência.

2. Residência Inclusiva e proteção estatal da pessoa com deficiência

A previsão de atendimento de saúde igualitário e universal também é reforçado no artigo 25 da CF/1988, no qual dispõe sobre o acesso à saúde em espaços públicos e privados pela pessoa com deficiência, obedecendo a legislação em vigor, com a remoção das barreiras arquitetônicas, de comunicação e demais que atrapalhem o atendimento às especificidades das pessoas com deficiência, independente do seu impedimento.

Essa compreensão se ampara no modelo social da capacidade, no qual a deficiência é produzida pelas pessoas sem deficiência, criando barreiras sociais, econômicas, atitudinais, entre outras que sedimentam restrições e exclusão das pessoas com deficiência. A partir dessa ideia, pessoas com deficiência foram reconhecidas como sujeito de direitos, principalmente quando se trata de exercício de direitos fundamentais em parâmetro às demais pessoas³.

Como garantia desses direitos, ações, programas e projetos devem ser desenvolvidos como forma de atender pessoas em situação de risco pessoal e social ou por violação de direitos. Essa construção pode se dar na forma de Proteção Social Especial de Média Complexidade, sendo um dos exemplos, as residências inclusivas⁴.

Segundo a Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), no artigo 3º, inciso X, residências inclusivas são unidades do Sistema de Acolhimento do Sistema Único de Assistência Social (Suas) com apoio psicossocial para atendimento das necessidades das pessoas acolhidas, jovens e adultos com deficiência dependentes e sem condições de autosustentabilidade e com vínculos familiares rompidos ou frágeis.

Sua criação se deu em razão das metas do Plano Nacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, conhecido como o “Plano Viver sem Limite” lançado em 2011 pelo Decreto nº 7.612. A implementação das residências se fundamenta nos compromissos assumidos pelo país junto a Organização das Nações Unidas (ONU) em razão da ratificação da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência em 2009⁵.

Com a declaração de estado de calamidade pública e a presença das pessoas com deficiência no grupo de alto risco, as residências inclusivas ou unidades de

³ FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na Lei Brasileira de Inclusão. **Direito e Desenvolvimento**, Paraíba, v. 7, n. 13, 2016, p.104-105.

⁴ CEARÁ. **Plano Estadual de Contingências da Política de Assistência Social** – 2020. Fortaleza: Secretaria da Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos –SPS, 2020, p.59. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2020/05/15/75199/>. Acesso em: 23 set. 2020.

⁵ SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – SUAS. **Residências Inclusivas**: Perguntas e respostas. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. Brasília, 2015, p.05. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_residencias_inclusivas_perguntas_respostas_maio2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

acolhimento de pessoas com deficiência, governamentais ou não, devem adotar padrões normativos e de vigilância sanitária para preservar seus residentes aos impactos do coronavírus⁶.

A Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017 do Ministério da Saúde consolida as normas sobre políticas nacionais de saúde do SUS. De acordo com a Portaria, é de responsabilidade do Gestor Estadual da Secretaria Estadual de Saúde: 1) elaborar, coordenar e executar política estadual das pessoas com deficiência, assegurando a Política Nacional; 2) elaborar e/ou adequar os planos, programas, projetos e atividades advindas da Política Nacional; 3) Articular entre os setores do Estado a implementação da Política Nacional e Estadual de Saúde da Pessoa com deficiência; 4) Promover capacitação de recursos humanos; 5) Prestar cooperação técnica aos municípios; 5) Possibilitar a participação de pessoas com deficiência nas instâncias do SUS; 6) Criar as unidades de cuidados diurnos e atendimento domiciliar e demais serviços complementares para pessoas com deficiência; 7) desenvolver ações de reabilitação mediante recursos comunitários; 8) Promover a adoção de práticas e hábitos saudáveis por campanhas publicitárias e processos de educação permanentes; 9) Organizar e manter sistemas de informação sobre saúde e ações para pessoas com deficiência; 10) Promover o cumprimento das normas nos serviços de saúde e instituições que cuidam de pessoas com deficiência e; 11) Organizar a rede de atenção à saúde das pessoas com deficiência segundo diretrizes pré-estabelecidas.

Com a situação de alerta e atenção por causa do COVID-19, o Ministério da Cidadania pela Secretaria Nacional de Assistência Social publicou no Diário Oficial da União no dia 07 de maio de 2020 a Portaria nº 65, aprovando orientações e recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do SUAS dos Estados, Municípios e Distrito Federal quanto ao atendimento nos serviços de acolhimento de pessoas idosas ou com deficiência.

⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Recomendação Nº 0001/2020/16ª PmJFOR/MPCE.** 2020, p.02-03. Núcleo de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-001_2020-Resid%C3%A4ncias-Inclusivas-e-outros-COVID-19-09.2019.00004410-7.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

As diretrizes dessa portaria se baseiam na Declaração de Emergência em Saúde Pública pela OMS em janeiro deste ano, pois os serviços institucionais de acolhimento tanto de idosos como de pessoas com deficiência se enquadram no contexto de alto risco de transmissibilidade do COVID-19, demandando medidas céleres e aderentes à situação, devendo ser apresentadas respostas efetivas à situação de emergência de cada local, considerando a aplicabilidade e benefício de cada pessoa acolhida ou que trabalhe nas instituições de acolhimento⁷.

O Estado do Ceará conta com 4 residências inclusivas ou terapêuticas. Essas residências acolheram pessoas com deficiência física e cognitiva resididas no Abrigo Desembargador Olívio Câmara (ADOC), unidade estadual que atende pessoas com transtornos mentais no município de Fortaleza. A criação dessas residências busca uma forma de acolhimento mais humanizado, com o estímulo da autonomia dos jovens e adultos acolhidos pelas instituições, possibilitando o respeito a individualidade de cada pessoa e a garantia de acompanhamento de equipe multidisciplinar formada por assistente social, psicólogo, terapeuta ocupacional, cuidadores, motoristas e trabalhadores domésticos. As 4 residências inclusivas atuam junto ao Abrigo ADOC, totalizando cinco casas⁸.

Estas residências inclusivas foram criadas no Estado do Ceará como alternativa de acolhimento aos residentes do ADOC, único abrigo disponível no Ceará até a criação da primeira residência inclusiva em 2018 e que não atendia à Tipificação Nacional de Serviços Socioassistenciais devido a suas características asilares⁹.

⁷ BRASIL. Portaria nº 65, de 6 de maio de 2020. Aprova orientações e recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social dos estados, municípios e Distrito Federal quanto ao atendimento nos serviços de acolhimento de pessoas idosas ou com deficiência no contexto de emergência em saúde pública decorrente do novo Coronavírus, COVID-19. **Dou:** 07 maio.2020. Brasília: Ministério da Cidadania – Secretaria Nacional de Assistência Social. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-65-de-6-de-maio-de-2020-255614645>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁸ CEARÁ. STDS inaugura Residências Inclusivas III e IV. **Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos** – SPS. 21 dez. 2018. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2018/12/21/stds-inaugura-residencias-inclusivas-iii-e-iv/>. Acesso em: 15 set. 2020.

⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. Recomendação Nº 0001/2020/16ª PmJFOR/MPCE. 2020, p.03. Núcleo de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-001_2020-Resid%C3%A7%C3%A3o-Inclusivas-e-outros-COVID-19-09.2019.00004410-7.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

Como única unidade da Coordenação da Proteção Social Especial da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social do Estado do Ceará (hoje é conhecida por Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos), acolhendo pessoas com deficiência intelectual e múltiplas associadas amparada por atendimento especializado¹⁰.

A necessidade de criação de residências inclusivas também se deu pela característisca asilar identificada no abrigo ADOC e pelo recebimento de denúncias pelo Ministério Público do Estado do Ceará de negligência com os paciente acolhidos. As denúncias remetiam a pacientes isolados por grades, ausência de garantia de higiene pessoal, falta de acesso a água, restrições de alimentos. Os acolhidos não tinham liberdade, escancarando a prática do modelo manicomial já extinto no país¹¹.

Esse modelo manicomial e institucional tem como exemplo o hospício mineiro de Barbacena, o Colônia. Local onde eram "acolhidas" pessoas com diagnóstico de doença mental, bem como epiléticos, alcoolistas, homossexuais etc, ou seja, pessoas socialmente indesejadas¹². Em 1978, este modelo de assistência entrou em crise, resultando no processo de Reforma Psiquiátrica, sendo sancionada em 2001 a Lei Federal nº 10.216, responsável pela proteção dos direitos das pessoas com impedimentos mentais. No entanto, a Lei não aponta métodos claros e efetivos de extinção dos manicômios¹³.

Com essa concepção de não institucionalização e dever/direito de inclusão,

¹⁰ MAIA, Amanda Criste Nobre. **Institucionalização de pessoas com deficiência mental: um estudo no Abrigo Desembargador olívio Câmara**. 2009, p.06. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – Maranhão. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/OLD/eixos_OLD/9.%20Estado,%20Lutas%20Sociais%20e%20Políticas%20P%C3%BAblicas/INSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20PESSOAS%20COM%20DEFICI%C3%8ANCIA%20MENTAL%20UM%20EST.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

¹¹ DIÁRIO DO NORDESTE. Responsáveis por negligência em abrigo não foram punidos. 02 jul. 2018. **Diário do Nordeste**. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/responsaveis-por-negligencia-em-abrigo-nao-foram-punidos-1.1963455>. Acesso em: 15 set. 2020.

¹² ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019, p.13-15.

¹³ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. (2015). **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005, p.06-08. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

junto às disposições normativas internacionais como a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, contribuíram para a formação, ao menos teórica, da promoção de direitos e práticas igualitárias e universalistas às pessoas com deficiência independente do impedimento.

Por isso, as residências inclusivas devem ser constituídas do ideal do modelo social e não médico. Diz-se isto, pois, conforme Sophie Mitra¹⁴, o modelo médico vê a deficiência como um problema causado por uma doença ou condição que demanda um tratamento e/ou reabilitação, enquanto o modelo social vê a deficiência como uma construção social, demandando mudanças da mesma.

Uma das finalidades das residências inclusivas é romper a prática do isolamento pela construção de residências adaptadas e com contato comunitário, no intuito de desenvolver a autonomia e protagonismo das pessoas com deficiência, assegurando a proteção e defesa de seus direitos ao invés da sua violação¹⁵.

3. Residências Inclusivas Cearenses e COVID-19: Recomendação do MPCE

Diante esse novo modelo de abordagem da pessoa com deficiência e o dever de protegê-las e incluí-las, em casos de calamidades públicas como a Pandemia do COVID-19, o Estado deve pensar em ações e medidas necessárias para proteger essa parcela da população, incluindo aqueles que estejam sobre a assistência de unidades de acolhimento ou/e residências inclusivas.

No caso das residências inclusivas ou abrigos de pessoas com deficiência no Estado do Ceará, o MPCE, pelo Núcleo de defesa do idoso e da pessoa com deficiência redigiu a recomendação 0001/2020/16ª PmJFOR/MPCE, no qual foram apresentadas 13 recomendações à Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos – SPS para efetiva e imediata promoção de medidas e ações para o cumprimento das normas de saúde e vigilância sanitárias previstas na

¹⁴ MITRA, Sophie. *The capability approach and disability*. *Journal of disability policy studies*, v. 16, n. 4, 2006, p.237.

¹⁵ SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – SUAS. **Residências Inclusivas**: Perguntas e respostas. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. Brasília, 2015, p.09. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_residencias_inclusivas_perguntas_respostas_maio2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

Política Nacional da Pessoa com Deficiência e na Lei Brasileira de Inclusão¹⁶. As 13 recomendações podem ser divididas em 8 medidas de prevenção/manutenção das residências inclusivas e unidades de acolhimento e 5 medidas pré e pós diagnóstico de COVID-19:

Quadro 1 – Recomendações do MPCE com foco na prevenção e manutenção das residências inclusivas/ abrigos de acolhimento em período de pandemia:

Nº	DISPOSIÇÃO DA RECOMENDAÇÃO
1	Cumprimento de toda e qualquer política estipulada pela OMS, MS, Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, do respectivo Município, Vigilância sanitária do Ceará, concernentes ao combate ao COVID-19.
2	Disponibilização de material de higienização adequado (sabão líquido, gel alcoólico, saboneteira – para o gel e o sabão líquido-, máscaras e toalhas de papel) às pessoas com deficiência acolhidas nas Residências Inclusivas, bem como para os funcionários e cuidados.
5	Suspender a realização de visita de rotina nas unidades de acolhimento para pessoas com deficiência. Viabilizando métodos alternativos seguros.
6	Elaborar plano Interno de trabalho a ser disponibilizado aos profissionais das unidades de acolhimento com orientações gerais de precauções para reduzir o risco de contágio e transmissão.
10	SMS e SES, devem visitar, assegurados os cuidados sanitários, as pessoas residentes nas residências inclusivas e demais unidades de acolhimento, no sentido de prestar orientações, realizar análise de prontuários de evoluções médicas, adotar medidas para reduzir o risco de contaminação e/ou transmissão. Priorizando a campanha de vacinação contra a gripe.
11	Impedir o contato do residente com doentes
12	No caso de falecimento de pessoas nas unidades de acolhimentos, devem imediatamente comunicar as autoridades sanitárias e seguir o protocolo estabelecido, observando todas as normas sanitárias, notadamente quanto a manuseio dos corpos, limpeza pessoal e ambiental, contato, destacando algumas outras recomendações presentes nas legislações, usando os EPIS devidos e submetendo o carro funerário a limpeza e desinfecção.
13	Assegurar o material de uso contínuo com suficiência para uso exclusivo da pessoa com deficiência como prato, talher, toalha, copo e roupas de cama. E, no mínimo a cada 3 horas, assegurar uma boa nutrição, a hidratação e aumento da imunidade. Bem como registrar diário da entreda e saúde das pessoas nos estabelecimentos no período de pandemia e garantir aos funcionários das unidades o seu afastamento em caso de apresentação dos sintomas da doença.

Fonte:Elaboração própria. MPCE (2020, *on line*).

As recomendações de nº 1, 2, 5, 6, 10,11, 12 e 13 focam na prevenção e manutenção das residências inclusivas, dispendo sobre a necessidade de obediência às normas, garantia de materiais de higienização, suspensão de visitas

¹⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. Recomendação Nº 0001/2020/16ª PmJFOR/MPCE. 2020, p.03. Núcleo de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-001_2020-Resid%C3%A7%C3%A7%C3%A3o-Inclusivas-e-outros-COVID-19-09.2019.00004410-7.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

para controle de contágio e regras básicas diárias de segurança dos residentes e trabalhadores das instituições. Enquanto isso, as recomendações de nº 3, 4, 7, 8 e 9 focam nas medidas a serem tomadas em casos de diagnóstico de COVID-19, dispondo de parâmetros a serem seguidos antes, durante e após a confirmação da doença. Vê-se:

Quadro 2 - Recomendações do MPCE com foco em medidas pré e pós diagnóstico de COVID-19 manutenção das residências inclusivas/ abrigos de acolhimento:

Nº	FOCO DA RECOMENDAÇÃO
3	Acionar os serviços de saúde, com urgência, via notificação, na ocorrência de pessoa com deficiência que apresente sintomas de COVID-19, devendo também:
	colocar máscaras na pessoa suspeita
	Encaminhar de forma imediata a atendimento médico no caso de febre, sintomas respiratórios
	Comunicar as autoridades sanitárias
	Estabelecimentos com profissionais médicos no quadro de profissionais, deve notificar casos suspeitos
	Cumprir as medidas de uso de máscara e medidas de padrão de controle
	Se possível, manter o paciente suspeito em quarto privativo até elucidação diagnóstico. Se não, manter distância de 1 metro entre as camas e em local arejado e sem ar condicionado
	Impedir a permanência nos ambientes de atividades coletivas até posterior diagnóstico
	Manter ventilação natural nos ambientes e diminuir o uso de condicionadores de ar.
4	Comprovado diagnóstico:
	Isolar e impedir a permanência nos ambientes coletivos como sala de jogos e refeitórios, mantendo o residente em quarto privativo
	Reforçar os métodos de higiene pessoal e dos ambientes e a desinfecção de utensílios, equipamentos médicos e ambientes de convivência
	Limitar o uso de lenços de pano para higiene respiratória, concedendo lenços de papel descartáveis para serem trocados com frequência, obedecendo as normas sanitárias para o descarte.
	Instituir medidas de precaução:
	Lavar com água e sabonete ou friccionar as mãos com álcool a 70% antes e após o contato com o residente, remoção das luvas e contato com sangue ou secreção
	Utilizar óculos, máscaras apropriadas, luva, gorro e/ou avental descartável durante assistência direta ao residente. Retirando –os logo após o uso e higienizando as mãos em seguida.
	Equipamentos como termômetro, esfigmomanômetro e estetoscópio devem ser de uso exclusivo do paciente. Caso não seja possível, higienizar com álcool 70% ou desinfetante indicado para este fim.
	A equipe de limpeza deve usar máscaras, luvas e óculos apropriados e atentar a limpeza de superfícies do alojamento com álcool ou hipoclorito.
7	Em caso de suspeitas de sintomas, os residente devem ser imediatamente isolados, acionando o Centro de Saúde mais próximo e cumprimento as instruções sanitárias.

8	Ao ser encaminhado a uma instituição médica para seu tratamento, sendo pública ou particular, deve o paciente e acompanhante usar máscaras e outros itens de proteção, fazendo o transporte por veículo individualizado, nunca por transporte coletivo.
9	Caso a instalação em que a pessoa com deficiência foi diagnosticada com COVID-19 for ocupada por outrem, deve-se limpar e desinfetar por completo a área.

Fonte:Elaboração própria. MPCE (2020, *on line*).

A recomendação foi proferida na data 01 de abril, requisitando-se ao final informações ao prefeito, secretário municipal da saúde, gestores das unidades de acolhimento e demais agentes públicos e privados sobre as providências adotadas. No intuito de verificar as respostas encaminhadas às promotorias, uma solicitação de informações com base na Lei de Acesso à informação (Lei nº 12.57/11) foi enviada a 19ª Promotoria do Ministério Público/CE.

4.Solicitação de informação: resultados

A solicitação foi realizada em 15 de setembro de 2020 e a resposta foi encaminhada também via email no dia 23 de setembro de 2020. Para compreensão e correlação entre os questionamentos e respostas presentes na solicitação, apresenta-se o seguinte quadro:

Quadro 3 – Solicitação de informação ao MPCE:

PERGUNTAS	RESPOSTAS
1.Considerando as disposições da Recomendação nº 01/2020 do MPCE do Núcleo de defesa do idoso e da pessoa com deficiência, houve resposta pelo Prefeito, Secretário Municipal da Saúde, Gestores das unidades de acolhimento e demais agentes públicos e privados mencionados na recomendação?	A Recomendação nº 01/2020/16ª PmJFOR do MPCE foi expedida pela 16ª Promotoria de Justiça de Fortaleza no bojo do Procedimento Administrativo n.º 09.2019.00004410-7, o qual, por ser revestido de caráter público, pode ser acompanhado pela solicitante através do serviço de consulta do sistema SAJ-MP, no site do Ministério Público do Estado do Ceará ou através do link < http://www.mpce.mp.br/servicos/consulta_processos/servicos-saj-mp/consultar-processos-saj-mp/ >;
2. Na presença de resposta à recomendação, quais foram as informações obtidas?	Contemplado no item 1;

3. A Promotoria do MPCE responsável pela recomendação possui informações sobre a gestão das residências inclusivas e unidades de acolhimento no período de pandemia aqui no Estado do Ceará?	Sim. As Promotorias de Justiça de Fortaleza com atribuição na Tutela Individual e Coletiva dos Direitos da Pessoa com Deficiência, efetuam a fiscalização do serviço de acolhimento institucional nas residências inclusivas situadas no município de Fortaleza periodicamente, através dos seguintes procedimentos extrajudiciais: - Procedimento Administrativo n.º 09.2019.00004253-1, relativo à Residência Inclusiva I da SPS, em trâmite na 19ª PmJFOR; - Procedimento Administrativo n.º 09.2019.00004410-7, relativo à Residência Inclusiva II da SPS, em trâmite na 16ª PmJFOR; - Procedimento Administrativo n.º 09.2019.00003535-2, relativo à Residência Inclusiva III da SPS, em trâmite na 18ª PmJFOR; - Procedimento Administrativo n.º 09.2019.00003805-0, relativo à Residência Inclusiva IV da SPS, em trâmite na 19ª PmJFOR; - Inquérito Civil n.º 06.2014.00000461-7, relativo à Residência Inclusiva V da SPS, em trâmite na 16ª PmJFOR; - Procedimento Administrativo n.º 09.2018.00000568-7, relativo à Casa de Repouso São Gabriel, em trâmite na 16ª PmJFOR;
4. Caso a resposta da pergunta 3 for positiva, onde tais informações podem ser analisadas? Há disponibilidade de tais dados ou informações sobre tal tema?	As informações podem ser analisadas através de consulta aos respectivos procedimentos extrajudiciais no sistema SAJ-MP, disponível no site do MPCE, através do link: <http://www.mpce.mp.br/servicos/consulta_processos/servicos-saj-mp/consultar-processos-saj-mp/>;
5. O Ministério atuou junto às residências inclusivas e/ou unidades de acolhimento no período de isolamento social e pandemia como apoio às pessoas com deficiência?	Foi elaborado pelo Grupo Especial de Combate à Pandemia do Novo Coronavírus e pelo Centro de Apoio Operacional da Cidadania – CAOCIDADANIA do Ministério Público do Estado do Ceará formulário virtual de acompanhamento das medidas necessárias para prevenção e combate à COVID-19, preenchido semanalmente pelos Coordenadores das Residências Inclusivas e demais serviços de acolhimento institucional, como forma de monitorar a situação das referidas instituições. Ademais, os órgãos de Execução (16ª, 18ª e 19ª Promotorias de Justiça) efetuaram contatos telefônicos com os Coordenadores das Residências Inclusivas durante os meses de maio, junho e julho de 2020, com objetivo de criar um fluxo de alerta e acompanhamento em casos de suspeita e/ou confirmação de contaminação dos residentes e colaboradores das Residências Inclusivas pelo novo Coronavírus (COVID-19). Ressalte-se que, diante da sinalização favorável das autoridades sanitárias no cenário da pandemia da COVID-19 em Fortaleza/CE, os contatos, que anteriormente eram realizados diariamente, passaram a ser realizados quinzenalmente
6. Além dessa recomendação nº 01/2020 do MPCE do Núcleo de defesa do idoso e da pessoa com deficiência, há outras disposições ou medidas para proteção às pessoas com deficiência pelo MPCE?	Sim. Todas as medidas e ações implementadas pelo Ministério Público do Estado do Ceará relacionadas à pandemia podem ser acompanhadas no site do Ministério Público, através do referido link: <http://www.mpce.mp.br/coronavirus/>.

Fonte: Elaboração própria (2020).

Para verificação das efetivas respostas da Recomendação, foram acessados os processos administrativos presentes na resposta da 3ª pergunta. No primeiro processo, nº 09.2019.00004410-7, a recomendação, objeto deste estudo, foi inserida ao processo no dia 01 de abril de 2020. A manifestação do Governo do Estado do Ceará se deu por ofício de nº 139 no dia 30 de abril, no qual foi reportado que as medidas de cumprimento a Política Nacional da Pessoa com Deficiência e o Estatuto são implementadas principalmente pela Coordenadoria Especial de Políticas Públicas para as Pessoas Idosas e as Pessoas com Deficiência (Copid) vinculada à SPS.

Em 08 de maio a Assessora da 19ª Promotoria entrou em contato com a Supervisora da Residência Inclusiva (RI) I requerendo informações sobre questionário enviado, sendo informado que na RI I e na RI II não possuía suspeitos contaminados, mas uma colaboradora estava afastada por suspeita. No dia 11 de maio a checagem foi renovada, não havendo alterações nas últimas informações. No dia 14 de maio, a RI I teve outra colaboradora afastada por atestado, mas não por diagnóstico de COVID-19.

Na fiscalização realizada no dia 25 de maio, a supervisora apontou a presença de dois residentes da RI I com febre e que a colaboradora afastada havia retornado. Quanto a RI II, um dos residentes também apresentou febre e dois colaboradores estavam afastados. Foi ressaltado que os residentes com febre foram separados dos demais e foram acompanhados pela enfermeira, sendo medicados.

No dia seguinte, 26 de maio, novas informações foram repassadas ao MPCE, a supervisora informou o acompanhamento de médica do Plantão Coronavírus quanto aos cuidados dos residentes com sintomas de febre, informando-se a necessidade de atendimento médico presencial pela SESA em caso de retorno da febre. Foi assegurado o uso de máscaras de tecidos pelos residentes com suspeitas. No dia 29 de maio, repassaram a informação de ausência de residentes com sintomas ou suspeitos de COVID-19 em ambas as residências. Na atualização da fiscalização no dia 01 de junho, as mesmas considerações foram mantidas, exceto o afastamento de um colaborador em cada RI, I e II. Como complemento e assegurar a efetiva fiscalização, designou-se no dia 03 de junho uma inspeção virtual através

de videoconferência no dia 10 de junho com a supervisora da RI II, bem como sua equipe.

Com a verificação do processo administrativo nº 09.2019.00004253-1, além das fiscalizações virtuais apontadas no PAD anterior, consta relatório técnico de inspeção da RI I, no qual, no dia 29 de maio foram checadas quais as Medidas adotadas como forma de prevenção ao contágio pelo Novo Coronavírus, sendo elas: 1) A instituição está seguindo o plano de contingência elaborado pela SPS para os serviços de acolhimento; 2) Foram suspensas as atividades externas dos residentes; 3) As atividades de lazer estão sendo realizadas na própria residência (jogos, pintura, artes manuais, entre outras); 4) Implementaram aos finais de semana um momento de lanche diferenciado, em que os próprios residentes escolhem o lanche do dia; 5) O contato dos residentes com seus familiares ou padrinhos está sendo realizado por meio de redes sociais e telefone; 6) Residentes tomam banho pela manhã, antes do almoço e a noite, bem como são orientados a higienizar as mãos com água e sabão, principalmente antes das alimentações; 7) Os cuidadores trocam de roupa antes de iniciarem suas atividades na residência e ao sair da residência também; 8) Aferição de temperatura e utilização de máscara por todas as pessoas que entram na residência e; 9) A equipe de cuidadores faz a higienização de todo material (alimentação ou outros) que entra na casa.

Quanto a RI III, conforme o processo nº 09.2019.00003535-2, uma inspeção virtual foi realizada no dia 17 de junho de 2020 e quanto aspectos da manutenção da residência frente ao COVID-19, restou considerado: 1) atividades de lazer externas foram suspensas, mantendo apenas as atividades com a terapeuta ocupacional; 2) visitas presenciais de familiares suspensas, contatos apenas por telefone ou videochamada. Quanto residentes com sintomas de COVID-19, nenhum deles apresentou sintomas, mas, em caso de suspeita, o atendimento das necessidades médicas seriam realizadas no posto da Unidade Básica de Saúde Manoel Carlos e as medidas de distanciamento e redistribuição dos acolhidos seriam tomadas. Além disso, as medidas de higiene foram realizadas, os Epis foram distribuídos e são enviados quinzenalmente pela SPS. Para certificar, marcou-se data para realização de testes de COVID-19.

O processo nº 09.2019.00003805-0 acompanhou a residência III e IV, no qual se registrou, na última certidão de fiscalização disponibilizada nos autos, datada em 29 de junho de 2020, nenhum residente e/ou colaborado de ambas as residências apresentaram sintomas. Como complemento, a inspeção virtual também foi realizada, sendo confirmada as mesmas orientações e medidas apresentadas e fiscalizadas na RI I.

Por fim, de acordo com o processo nº 06.2014.00000461-7, a RI V, constituída pelo ADOC, também recebeu inspeção por videoconferência, no entanto, até então não foram realizados relatórios técnicos e dispostos aos autos. Ressalta-se que no dia 23 de setembro de 2020, a SPS inaugurou oficialmente a RI V, sendo encerrada a sua estadia no ADOC, sendo os residentes abrigados em novo lar, em conformidade com as diretrizes previstas para as residências inclusivas¹⁷.

Como complemento, efetuou-se pesquisa no site eletrônico da SPS nas seções de notícias entre o período temporal de 01 de março de 2020 a 31 de agosto de 2020, na intenção de identificar notícias e/ou ocorrências que pudessem responder ou correlacionar com a recomendação do MPCE. Com a busca, 10 notícias foram identificadas, no entanto, não eram diretamente relacionadas às residências. Havia relato de distribuição de Epis, kits de proteção, mas eram direcionadas a instituições de assistência ao idoso, não se mencionava pessoas com deficiência. As notícias, mesmo que gerais, que influenciavam as residências eram sobre: plano de contingência para infecção do COVID-19 nos serviços de acolhimento, nos quais medidas também previstas na recomendação do MPCE eram apontada e Testagem de colaboradores por COVID-19.

Considerações finais

Respodendo ao problema de pesquisa proposto, conclui-se o atendimento pela Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos

¹⁷ CEARÁ. SPS entrega nova Residência Inclusiva para pessoas com deficiências cognitivas. **Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos** – SPS. 23 set. 2020b. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2020/09/23/sps-entrega-nova-residencia-inclusiva-para-pessoas-com-deficiencias-cognitivas/>. Acesso em: 23 set. 2020.

(SPS) às medidas de prevenção ao COVID-19 expressas na Recomendação nº 01/2020/16º do MPCE nas residências inclusivas e abrigo de acolhimento destinados a pessoa com deficiência. Foram cumpridas tanto as medidas de prevenção/manutenção como as medidas pré e pós diagnóstico de COVID-19, conforme exposto nos quadros 1 e 2, respectivamente.

Restou comprovada a adoção das medidas devido às respostas aos questionamentos presentes na solicitação de informação enviada via email ao MPCE (quadro 3), nos quais foram disponibilizados os números de acesso aos procedimentos administrativos instaurados para acompanhamento da gestão das Residências Inclusivas I, II, III, IV e V da SPS em trâmite nas promotorias 16ª, 18ª e 19ª.

Em razão do acesso público aos citados procedimentos, observou-se que antes do COVID-19, o MP exercia recorrente acompanhamento de fiscalização das residências vinculadas ao SUAS e com a recomendação, estabeleceu-se contatos periódicos com a gestão das RI, abrigos de acolhimento (ADOC) para checar a existência de residente ou colaboradores das instituições com suspeitas ou diagnósticos de COVID-19 e se as medidas presentes na recomendação estão sendo cumpridas. Esses atendimentos foram realizados semanalmente e as vezes em tempos menores, após o mês de julho o acompanhamento passou a ser quinzenal. E para certificar, inspeções virtuais foram realizadas com posterior redação de relatório técnico de inspeção das residências inclusivas.

Contudo, ressalta-se que mesmo com a fiscalização intensa e constante do MPCE, não se identificou atuação mais clara e exposição de informações sobre o tema pela SPS. Como visto, para complemento, realizou-se busca no site da Secretaria de notícias, manifestações sobre a atuação em período de COVID-19 nas residências inclusivas, contudo, como material de apoio apenas se encontrou uma edição atualizada de plano de contingência para infecção do COVID-19 nos serviços de acolhimento, abrangendo as residências e a ocorrência de testagem de colaboradores por COVID-19. Não foram encontradas demais informações sobre a situação das residências inclusivas, incluído relato sobre a fiscalização exercida pelo MPCE.

Isto fortalece a relevância prática da temática, pois, além da situação de calamidade do COVID-19 e a necessidade resguardada constitucionalmente de proteção à pessoa com deficiência, incluído aquelas sob proteção do Estado por estadia em residências inclusivas e/ou abrigos de acolhimentos, o acompanhamento da sua gestão deve ser recorrente, até para evitar mais denúncias por negligência como ocorreu com o ADOC. Por ser um tema pouco explorado e de pouca disseminação pública para a sociedade, não se demonstra como um problema a ser acompanhado, possibilitando aberturas de violações de direitos, pois mesmo com o desenvolvimento de políticas nessa área, o seu impacto prático não é verificado, intensificando o problema da proteção eficaz das pessoas com deficiência.

Referências

ARBEX, Daniela. **Holocausto brasileiro**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019, 280p.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República – Secretaria – geral – Subchegia para assuntos jurídicos. **Dou**: 07 de jul. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm#art127. Acesso em: 08 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. (2015). **Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil**. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, novembro de 2005. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15_anos_Caracas.pdf. Acesso em: 23 jun. 2020.

BRASIL. Portaria de Consolidação nº 2, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as políticas nacionais de saúde do Sistema Único de Saúde. **Dou**: 28 set. 2017. Brasília: Ministério da Saúde. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0002_03_10_2017.html#A_NEXOIXCAPIIISECI. Acesso em: 01 set. 2020.

BRASIL. Portaria nº 65, de 6 de maio de 2020. Aprova orientações e recomendações gerais aos gestores e trabalhadores do Sistema Único de Assistência Social dos estados, municípios e Distrito Federal quanto ao atendimento nos serviços de acolhimento de pessoas idosas ou com deficiência no contexto de emergência em saúde pública decorrente do novo Coronavírus, COVID-19. **Dou**: 07 maio.2020.

Brasília: Ministério da Cidadania – Secretaria Nacional de Assistência Social. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-65-de-6-de-maio-de-2020-255614645>. Acesso em: 15 set. 2020.

CEARÁ. SPS entrega nova Residência Inclusiva para pessoas com deficiências cognitivas. **Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos** – SPS. 23 set. 2020b. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2020/09/23/sps-entrega-nova-residencia-inclusiva-para-pessoas-com-deficiencias-cognitivas/>. Acesso em: 23 set. 2020.

CEARÁ. **Plano Estadual de Contingências da Política de Assistência Social** – 2020. Fortaleza: Secretaria da Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos – SPS, 2020. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2020/05/15/75199/>. Acesso em: 23 set. 2020.

CEARÁ. STDS inaugura Residências Inclusivas III e IV. **Secretaria de Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos** – SPS. 21 dez. 2018. Disponível em: <https://www.sps.ce.gov.br/2018/12/21/stds-inaugura-residencias-inclusivas-iii-e-iv/>. Acesso em: 15 set. 2020.

DIÁRIO DO NORDESTE. Responsáveis por negligência em abrigo não foram punidos. 02 jul. 2018. **Diário do Nordeste**. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/responsaveis-por-negligencia-em-abrigo-nao-foram-punidos-1.1963455>. Acesso em: 15 set. 2020.
FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão. A presunção de capacidade civil da pessoa com deficiência na Lei Brasileira de Inclusão. **Direito e Desenvolvimento**, Paraíba, v. 7, n. 13, p. 99-117, 2016.

MAIA, Amanda Criste Nobre. **Institucionalização de pessoas com deficiência mental: um estudo no Abrigo Desembargador olívio Câmara**. 2009. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas. São Luís – Maranhão. Disponível em: http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/OLD/eixos_OLD/9.%20Estado,%20Lutas%20Sociais%20e%20Políticas%20Públicas/INSTITUCIONALIZA%C3%87%C3%83O%20DE%20PESSOAS%20COM%20DEFICI%C3%8ANCIA%20MENTAL%20UM%20EST.pdf. Acesso em: 16 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ. **Recomendação Nº 0001/2020/16ª PmJFOR/MPCE**. 2020. Núcleo de Defesa do Idoso e da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2020/04/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-001_2020-Resid%C3%Aancias-Inclusivas-e-outros-COVID-19-09.2019.00004410-7.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

MITRA, Sophie. *The capability approach and disability*. **Journal of disability policy studies**, v. 16, n. 4, p. 236-247, 2006.

SISTEMA ÚNICO DE ASSISTÊNCIA SOCIAL – SUAS. **Residências Inclusivas:** Perguntas e respostas. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. Brasília, 2015. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/caderno_residencias_inclusivas_perguntas_respostas_maio2016.pdf. Acesso em: 20 set. 2020.

50. LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BRASIL EM CONTRASTE COM O DEVER CONSTITUCIONAL DE DEFENDER A SAÚDE PÚBLICA

THE PRESIDENT OF BRAZIL'S FREEDOM OF SPEECH IN CONTRAST WITH THE
CONSTITUCIONAL DUTY TO PROTECT PUBLIC HEALTH



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-50>

*Francisco Elnatan Carlos de Oliveira Júnior*¹

*Rosa Júlia Pla Coelho*²

Resumo

O presente artigo analisa o confronto entre a liberdade de expressão do Presidente da República brasileira e o dever constitucional de defender a saúde pública. A justificativa para o tema deriva dos recentes episódios em que o Chefe do Poder Executivo, supostamente, utilizou-se do referido direito para, no curso da pandemia causada pela Covid-19, incentivar o uso de medicamentos sem eficácia comprovada no tratamento à doença e para criticar abertamente as medidas de distanciamento ou isolamento social adotadas nas diversas unidades da federação. Tal contexto reclama, primeiramente, uma compreensão do instituto das relações especiais de sujeição, mormente dos deveres específicos que podem recair sobre os agentes públicos, limitando ou restringindo o exercício de direitos fundamentais. O dever de promover e resguardar a saúde pública, que é atribuído ao Presidente (CRFB, arts. 76 e 196), alcança até mesmo as manifestações emitidas fora do exercício da função; é reforçado pelos princípios da precaução e da prevenção e pelo dever de prestar informação fidedigna à população. O estudo utiliza-se dos métodos dedutivo e qualitativo. A pesquisa é bibliográfica e documental. A conclusão denota que as posturas presidenciais desbordaram do âmbito protetivo da liberdade de expressão e violaram deveres constitucionais específicos. Dada a sua reiteração e repercussão, podem ser consideradas como causadoras de atentado à Constituição, tornando possível a configuração do crime de responsabilidade previsto no art. 85, III, da CRFB/88, consistente em atentar contra o livre exercício de direitos sociais.

Palavras-chave: Presidente da República; Liberdade de expressão; Relações especiais de sujeição; Saúde pública; Crime de responsabilidade.

Abstract

This article analyzes the confrontation between the freedom of speech of the President of Brazil and the constitutional duty to defend public health. The justification for the theme

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Ceará (e-mail: elnatan_junior@edu.unifor.br).

² Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional da União Europeia pela Universidade de Santiago de Compostela. Professora colaboradora do PPGD UNIFOR. Advogada (e-mail: juliapla@placoelho.com).

derives from the recent episodes in which the Head of the Executive Branch, supposedly, used this right, in the course of the pandemic caused by Covid-19, to encourage the use of drugs without proven efficacy in the treatment of the disease and to openly criticize the distance or social isolation measures adopted in the various units of the federation. This context calls, first of all, for an understanding of the institute of special subjection relations, especially of the specific duties that may fall on public agents, limiting or restricting the exercise of fundamental rights. The duty to promote and protect public health, which is attributed to the President (CRFB, arts. 76 and 196), reaches even the manifestations issued outside the exercise of the function; it is reinforced by the principles of precaution and prevention and by the duty to provide reliable information to the general public. The study applies deductive and qualitative methods. The research is bibliographic and documentary. The conclusion shows that the presidential positions overflowed the protective scope of freedom of speech and violated specific constitutional duties. Given their reiteration and repercussion, they can be considered as causing an attack on the Constitution, making possible the configuration of the crime of responsibility provided for in art. 85, III, of CRFB/88, consistent with attempting against the free exercise of social rights.

Keywords: President of Brazil; Freedom of speech; Special subjection relationships; Public health; Crime of responsibility.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o confronto entre a liberdade de expressão do Presidente da República e o dever constitucional de promoção e defesa da saúde pública. A justificativa para o tema deriva dos recentes episódios em que o Chefe do Poder Executivo, supostamente, utilizou-se do citado direito para, no curso da pandemia causada pela Covid-19, apregoar, junto à população, a ideia de que a cloroquina e a hidroxicloroquina seriam as drogas mais eficazes no combate à doença e, assim, incentivar o seu uso.

Além disso, durante toda a crise sanitária, Jair Bolsonaro distribuiu severas críticas às providências adotadas pelas demais unidades da federação para conter o avanço da doença. As declarações do Presidente assumiram diversos formatos midiáticos: pronunciamentos oficiais, entrevistas coletivas, falas na entrada e na saída do Palácio da Alvorada (o famoso cercadinho), *lives* e outras inserções em redes sociais; envolveram até mesmo participações em mobilizações coletivas, sem os cuidados necessários.

Diante de tais episódios, afloram as indagações: é lícito ao Presidente fomentar o uso indiscriminado de medicamentos, baseando-se apenas em convicção pessoal ou ideológica? Sua peculiar vinculação com o Estado brasileiro permite encarnar o papel de líder ideológico contra as medidas de saúde pública?

Para responder a essas perguntas, parte-se de uma breve análise do instituto das relações especiais de sujeição, que marcam a vinculação de determinados administrados com o Poder Público e justificam a incidência de restrições a direitos fundamentais.

Em seguida, procede-se ao exame detalhado das condutas do Presidente, naquilo que diz respeito ao uso de sua liberdade de expressão em possível conflito com o dever de promoção da saúde pública e outros deveres constitucionais correlatos. A penúltima seção é dedicada à ponderação entre as normas constitucionais colidentes, extraíndo-se dessa relação de tensão uma possível *lei de colisão*. Por fim, expõem-se as conclusões, contendo posicionamento sobre a contrariedade entre as posturas analisadas e a Constituição.

1 RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

Algumas pessoas em contato permanente com a Administração ou inseridas em sua estrutura organizacional encontram-se sob um tipo especial de relação ou vinculação jurídica, denominada de *relação especial de sujeição*.

O estudo em torno desse instituto iniciou-se na Alemanha, no século XIX, principalmente a partir dos trabalhos de Laband, para referir-se ao regime aplicável aos servidores públicos. Posteriormente, ele foi ampliado por Otto Mayer, seu principal formulador, para abrigar outras categorias, com destaque para as pessoas afetas ao funcionamento de estabelecimentos públicos, como detentos, militares e estudantes³.

Otto Mayer distinguiu as obrigações gerais dos súditos, a exemplo da obrigação de pagar impostos, das obrigações especiais ou deveres específicos, atribuídos aos subordinados no âmbito das relações de sujeição. As obrigações gerais eram regidas pelos princípios do Estado de Direito, mormente o da legalidade, ao passo que as obrigações específicas eram regulamentadas por prescrições de natureza administrativa, configurando um espaço de pura disponibilidade do soberano. A ideia básica era a de que a entrada do particular no âmbito

³ SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80.

administrativo implicava a diminuição de suas liberdades ou até mesmo a renúncia a direitos fundamentais⁴.

Atualmente, não se pode mais cogitar de um espaço ou regime jurídico excluído do alcance universal dos direitos fundamentais. Sem embargo, ainda persistem, sob a égide do Estado Democrático de Direito, relações marcadas pela duradoura ou profunda inserção na esfera administrativa. A compreensão das *relações especiais de sujeição* enquanto categoria jurídica autônoma permanece, então, assaz relevante. Permite identificar as diferenças que marcam essas vinculações, quando confrontadas com aquelas travadas com os particulares em geral; evita a extensão das restrições daí decorrentes para terceiros; e assegura que tais restrições sejam mais previsíveis e seguras, bem como que se limitem ao mínimo indispensável para viabilizar o funcionamento das instituições públicas.

Na doutrina estrangeira, Konrad Hesse pontifica que essas relações são “condições de vida” essenciais para a coletividade. Aqueles que estão nelas inseridos restariam impedidos de cumprir suas tarefas na sociedade se o *status* cívico geral, representado pelo exercício dos direitos fundamentais pelos particulares, permanecesse sempre inalterado⁵.

No mesmo diapasão, Canotilho leciona que as “relações especiais de poder” *exigem*, por sua natureza, restrições aos direitos fundamentais; fenômeno que denomina de “princípio da exigibilidade”⁶. Segue dizendo que os estatutos especiais devem ter fundamento, expresso ou implícito, na Constituição; e são suscetíveis de originar problemas de *ordenação* entre direitos fundamentais com outros valores constitucionais. Tais conflitos devem ser solvidos “mediante uma tarefa de concordância prática e de ponderação, possibilitadora da garantia dos direitos sem tornar impraticáveis os estatutos especiais”⁷.

Na doutrina pátria, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta que, para serem

⁴ Ibidem, p. 81.

⁵ HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 261-262.

⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000, p. 466.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000, p. 466.

legítimas, as restrições devem ser estritamente necessárias "ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais"⁸. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo G. Branco acrescentam que, em regra, as restrições devem vir estipuladas expressamente na Constituição ou em lei autorizada por esta. No entanto, "faltando a lei, há de se recorrer aos princípios de concordância prática e de ponderação entre os direitos afetados e os valores constitucionais que inspiram a relação especial"⁹.

No que diz respeito à categoria dos agentes públicos, as suas liberdades individuais – dentre as quais a própria liberdade de expressão – sofrem restrições sempre que as posturas delas decorrentes tiverem repercussão sobre as respectivas atribuições funcionais ou sobre os valores que norteiam as instituições a que se encontram vinculados. Frequentemente, tais restrições se apresentam sob a forma de *deveres fundamentais específicos*, como os de obediência, lealdade à instituição, probidade, imparcialidade, eficiência, neutralidade e sigilo ou reserva sobre assuntos funcionais.

Mesmo fora do serviço, a condição funcional não desaparece inteiramente. Os efeitos desses deveres serão tanto maiores quanto maior for o nível hierárquico que o agente ocupe, ou quanto maior for, para a instituição, a importância da credibilidade junto à sociedade.

Tratando especificamente sobre o direito à *liberdade de expressão* exercido por agentes públicos, Clarissa Sampaio Silva acentua o elemento da *repercussão da mensagem* como um fator preponderante na ponderação com os deveres específicos, como os de *neutralidade e imparcialidade*¹⁰. Sustenta que alguns agentes públicos, em virtude do escalão ocupado na hierarquia administrativa, compõem a chamada "face visível do Estado", haja vista que suas manifestações encerram fortes repercussões sobre a opinião pública, sendo capazes de orientar a adoção de certos comportamentos por parte significativa da população¹¹.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 828.

⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 218.

¹⁰ SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 241-242.

¹¹ Ibidem, p. 241-242.

A mesma autora noticia, no ponto, um exemplo que impressiona pela sua semelhança com o caso brasileiro. Com argúcia, ela cogita da situação de um ocupante de cargo de alta hierarquia que *recomenda a utilização de determinada substância em razão de convicções pessoais, ganhado a adesão de muitos cidadãos*:

Por tais razões, se um agente público logra inserir em dada advertência ou recomendação os perigos de uma substância ou os seus benefícios em função de suas convicções pessoais, pelo fato de ser adepto de uma religião que proíba ou incentive o seu consumo, e não por razões de ordem técnica, embora a elas se reporte, findará por fazer com que haja, potencialmente, significativo número de pessoas que, ao acolherem a informação estadual, estarão, na verdade, aderindo à dada prática religiosa ou de concepção de vida¹².

Embora o texto acima transcrito tenha sido escrito originalmente no ano de 2007, ele se revela extremamente atual, tal como será abordado detalhadamente na seção seguinte.

2 ESTUDO DOS PRONUNCIAMENTOS DO PRESIDENTE DURANTE A PANDEMIA

Na crônica por que passa a vida política brasileira, o Presidente da República elegeu, desde o início da pandemia causada pela Covid-19, a cloroquina e a hidroxicloroquina como as drogas mais eficazes no combate à doença e vem apregoando o uso massificado desses medicamentos. Algumas de suas falas podem ser comentadas.

Na data de 26 de março deste ano, Bolsonaro afirmou, em referência aos citados fármacos: "Aplica logo [...]"; e acrescentou: "Sabe quando esse remédio começou a ser produzido no Brasil? Ele começou a ser usado quando eu nasci, em 1955. Medicado corretamente, não tem efeito colateral"¹³. Em 08 de abril, escreveu em redes sociais: "Há 40 dias venho falando do uso da hidroxicloroquina no

¹² SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 242.

¹³ RIBEIRO, Wandy. "Cloroquina não tem efeito colateral" afirma Bolsonaro. Portal ICTQ, 2020. Disponível em: <<https://www.ictq.com.br/politica-farmaceutica/1328-cloroquina-nao-tem-efeito-colateral-afirma-bolsonaro>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

tratamento do Covid-19. Sempre busquei tratar da vida das pessoas em 1º lugar, mas também se preocupando em preservar empregos"¹⁴.

Por outro lado, em 23 de abril de 2020, o Conselho Federal de Medicina – CFM divulgou o Parecer nº 4/2020, para tratar sobre as condições para a prescrição de cloroquina e de hidroxiclороquina em pacientes com diagnóstico de Covid-19. Após consultar extensa literatura científica, o Conselho reforçou sua posição no sentido de que não há evidências sólidas de que os referidos medicamentos tenham eficácia, seja na prevenção, seja na cura da doença. Contudo, em face da excepcionalidade da situação e, enquanto perdurasse o período da pandemia, a autarquia entendeu que seria possível a prescrição dessas drogas em situações específicas, todas pautadas na autonomia do profissional da medicina e na valorização da relação médico-paciente¹⁵.

Em 18 de maio, órgãos representativos de especialidades médicas ¹⁶ divulgaram comunicados expondo que a cloroquina e a hidroxiclороquina não deveriam ser utilizadas como tratamento de rotina contra o novo coronavírus, haja vista que as evidências disponíveis não sugerem benefício clinicamente significativo e que os medicamentos implicam risco moderado de problemas cardiovasculares¹⁷.

Não obstante, Bolsonaro continuou insistindo no uso das drogas. Em entrevista ao jornalista Magno Martins, na terça-feira 19 de maio, o Presidente, em postura jocosa, afirmou que: "Quem for de direita toma cloroquina. Quem for de esquerda toma tubaína"¹⁸.

¹⁴ BEHNKE, Emily. Antes de reunião com Mandetta, Bolsonaro defende, nas redes, uso de cloroquina. Portal UOL, 08 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/04/08/antes-de-reuniao-com-mandetta-bolsonaro-defende-nas-redes-uso-de-cloroquina.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁵ CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM condiciona uso de cloroquina e hidroxiclороquina a critério médico e consentimento do paciente. Portal do Conselho Federal de Medicina, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28672:2020-04-23-13-08-36&catid=3>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁶ Dentre os quais a Associação de Medicina Intensiva Brasileira – AMIB, a Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI e a Sociedade Brasileira de Pneumologia e Tisiologia – SBPT.

¹⁷ NEVES, Úrsula. Associações médicas se manifestam contra o uso da hidroxiclороquina na Covid-19. Portal PEBMED, 19 maio 2020. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/associacoes-medicas-se-manifestam-contr-o-uso-da-hidroxiclороquina-na-covid-19/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

¹⁸ AZEVEDO, Reinaldo. Bolsonaro, o ópio dos cretinos, rima cloroquina com tubaína sobre cadáveres. Portal UOL, 19 maio 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/05/19/bolsonaro-quem-e-de-direita-toma-cloroquina-quem-e-de-esquerda-tubaina.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

Em 23 de maio, ao ser abordado por apoiadores e jornalistas na saída do Palácio da Alvorada, declarou que, por ter recebido relatos de pessoas que teriam sido curadas, continuava recomendando os medicamentos. Já que a ciência não havia ainda indicado um remédio específico, seria melhor utilizar a cloroquina: "Até porque não tem outro remédio. É o que tem. Ou você toma a cloroquina ou não tem nada"¹⁹.

Dois dias depois, em 25 de maio, a Organização Mundial da Saúde – OMS anunciou a interrupção de testes com a cloroquina e a hidroxicloroquina para tratamento contra a Covid-19²⁰. Em 15 de junho, a agência americana Food and Drug Administration – FDA revogou a permissão de emergência que havia concedido para o tratamento com a cloroquina e a hidroxicloroquina²¹.

No dia 30 de junho, a Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI publicou o Informe nº 15, ratificando a recomendação de órgãos internacionais²², no sentido de que nem a cloroquina nem a hidroxicloroquina deveriam ser utilizadas para pacientes portadores da Covid-19, salvo em pesquisas clínicas, em virtude da falta de benefício comprovado e do potencial de toxicidade²³.

No dia 17 de julho, o mesmo órgão, após a publicação de dois novos estudos

¹⁹ BOLSONARO insiste na defesa da cloroquina e diz que já ouviu testemunhos de cura. ISTO É, 23 maio 2020. Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-insiste-na-defesa-da-cloroquina-e-diz-que-ja-ouviu-testemunhos-de-cura/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²⁰ O motivo foi um estudo publicado pela revista científica *Lancet*, que envolveu mais de 96 mil pessoas e mostrou que, além de não haver benefícios no uso de tais medicamentos, haveria ainda risco de morte para os pacientes. Esse estudo, ressalte-se, veio a ser submetido à revisão, em virtude da ausência de manutenção dos dados pela entidade fornecedora, porém não houve mudança com relação à posição da OMS. Cf. BARRETO, Clara. OMS suspende o uso da cloroquina e hidroxicloroquina em testes contra a Covid-19. Portal PEBMED, 25 maio 2020. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/oms-suspende-o-uso-da-cloroquina-e-hidroxicloroquina-em-testes-contra-a-covid-19/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

²¹ EUA cancelam autorização para uso da hidroxicloroquina no tratamento contra a Covid-19. Portal G1, 15 jun. 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/15/agencia-americana-revoga-liberacao-da-hidroxicloroquina-como-tratamento-para-a-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 22 jun. 2020. Na revogação, os representantes da agência argumentaram que não era razoável acreditar que as formulações orais dessas drogas pudessem ser eficazes no combate à Covid-19, bem como que "nem é razoável acreditar que fatores conhecidos e os potenciais benefícios desses produtos superem seus riscos conhecidos e potenciais".

²² Organização Mundial da Saúde – OMS, a Food and Drug Administration – FDA, a Sociedade Americana de Infectologia – IDSA e o Instituto Nacional de Saúde Norte-Americano – NIH.

²³ CUNHA, Clóvis Arns da (Presidente da Sociedade Brasileira de Infectologia). Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI, Informe nº 15, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Informe-15-uso-de-medicamentos-para-covid-19.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

sobre a doença, divulgou o Informe nº 16 no qual adotou posição ainda mais rígida. Segundo o órgão, é "urgente e necessário" que a hidroxicloroquina seja abandonada no tratamento de qualquer fase da Covid-19 e que não seja gasto dinheiro público em tratamentos ineficazes, os quais podem causar efeitos colaterais²⁴.

Em 19 de julho, em frente ao Palácio da Alvorada, Bolsonaro ergueu a caixa do medicamento diante de apoiadores²⁵. E, no dia 20 de julho, publicou, em sua conta no *Twitter*: "É importante lembrar que o uso *off label* de medicamentos é consagrado na medicina, desde que haja clara concordância do paciente [...] sem prática do *off label*, diversas doenças ainda estariam sem tratamento"²⁶.

No que se refere às *principais medidas de contenção e prevenção da Covid-19* – consistentes na quarentena, no distanciamento e no isolamento social – as mensagens emitidas pelo Presidente foram predominantemente contrárias à sua implementação. Além disso, questionou as iniciativas de governadores e proferiu frases do tipo: "não há motivo para pânico"; "isso está sendo propalado pela mídia"; e "outras gripes já mataram mais do que esta"²⁷.

Em 07 de março, Bolsonaro, ao proferir um discurso em Boa Vista/RO, exortou a população a participar de manifestações de rua que aconteceriam no dia 15, em várias cidades, dizendo: "dia 15 agora tem um movimento de rua espontâneo [...]. Participem [...] é um movimento pró-Brasil"²⁸.

²⁴CUNHA, Clóvis Arns da (Presidente da Sociedade Brasileira de Infectologia). Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI, Informe nº 16, São Paulo, 17 jul. 2020. Disponível em: <<https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/atualizacao-sobre-a-hidroxicloroquina-no-tratamento-precoce-da-covid-19.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

²⁵SAKAMOTO, Leonardo. Cena de culto à cloroquina mostra que ela se tornou símbolo do bolsonarismo. Portal UOL, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/07/20/cena-de-culto-a-cloroquina-mostra-que-ela-se-tornou-simbolo-do-bolsonarismo.htm>>. Acesso em: 25 set. 2020.

²⁶LINDNER, Julia. Bolsonaro defende o uso de medicamento "off label" sem necessidade de seguir bula. ESTADÃO, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-defende-uso-de-medicamentos-off-label-sem-necessidade-de-seguir-a-bula,70003369815>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

²⁷HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha; VASCONCELOS, Wagner. "Crises dentro da crise: respostas, incertezas e desencontros no combate à pandemia da Covid-19 no Brasil". Estudos Avançados, vol.34, n.99, São Paulo, May/Aug. 2020, Epub July 10, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200025&lng=pt> ou <<https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.003>>. Acesso em: 23 set. 2020.

²⁸JUBÉ, Andrea. Bolsonaro exorta população a sair às ruas em manifestação no dia 15. Valor, Brasília, 07 mar. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/03/07/bolsonaro-exorta-populacao-a-sair-as-ruas-em-manifestacao-no-dia-15.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

Em 24 de março, o Presidente fez um pronunciamento em rede nacional de rádio e televisão, no qual minimizou a crise sanitária, chamando-a de “gripezinha”, defendeu a reabertura do comércio e das escolas e sustentou que a maior parte da população deveria retornar à rotina normal²⁹.

Em 12 de abril, dia em que o país registrou 1.225 mortes, ele declarou: “Parece que está começando a ir embora essa questão do vírus, mas está chegando e batendo forte a questão do desemprego”³⁰. Na data de 22 de junho, fez novo apelo pela reabertura e falou em “exagero no enfrentamento da pandemia”³¹.

Em contrapartida, sucederam-se também vários informes técnicos no sentido que a única medida reconhecidamente eficaz para prevenir a infecção (ao menos até o advento de uma vacina) seria a redução da exposição ao vírus, seja mediante o reforço à higienização, seja mediante a redução/eliminação do contato social. Nesse sentido, por exemplo, foram as manifestações do Diretor Geral da Organização Mundial de Saúde – OMS, Dr. Tedros Adhanom, em 25 de março³²; e o próprio Parecer CFM nº 4/2020, de 16 de abril de 2020, já mencionado³³.

3 PONDERAÇÃO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO PRESIDENCIAL E OS DEVERES FUNDAMENTAIS ESPECÍFICOS

O primeiro dever a ser analisado é o de *tutelar a saúde pública*, previsto em vários dispositivos da Constituição, quais sejam: nos artigos 5º, *caput*, e 6º, *caput*,

²⁹ VEJA a repercussão sobre o pronunciamento de Bolsonaro sobre Covid-19. FOLHA DIRIGIDA, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/empregos/especiais/veja-a-repercussao-sobre-o-pronunciamento-de-bolsonaro-sobre-covid-19>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁰ CAMPOS, João Pedroso de; ZYLBERKAN, Mariana; GHIROTO Edoardo. “Coerência no diagnóstico”. Revista VEJA, São Paulo, ABRIL, edição 2695, ano 53, nº 29, 15 jul. 2020, p. 26-29.

³¹ COLETTA, Ricardo Della. Bolsonaro faz apelo por reabertura e fala em “exagero” no enfrentamento da pandemia. Folha de São Paulo, 22 jun. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/bolsonaro-faz-apelo-por-reabertura-e-fala-em-exagero-no-enfrentamento-da-pandemia.shtml>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³² OMS reitera importância do isolamento para combater coronavírus. JORNAL NACIONAL. Portal G1, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2020/03/25/oms-reitera-importancia-do-isolamento-para-combater-coronavirus.ghtml>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³³ CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM condiciona uso de cloroquina e hidroxiclороquina a critério médico e consentimento do paciente. Portal do Conselho Federal de Medicina, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28672:2020-04-23-13-08-36&catid=3>. Acesso em: 22 jun. 2020.

nos quais aparece em conexão com os direitos à vida e à saúde; no art. 23, II, em que figura como atribuição material ou de execução dos Poderes Públicos; e, principalmente, no art. 196, no qual o constituinte, como em uma síntese das normas anteriores, referiu-se de maneira expressa às duas realidades básicas do tratamento constitucional, como *direito* e como *dever*, a revelar a autonomia de cada uma dessas categorias. O referido dever está inserido, ainda, no objetivo fundamental da República de promover o bem de todos, definido no art. 1º, IV³⁴.

José Casalta Nabais ensina que os deveres fundamentais constituem uma categoria constitucional própria, expressão imediata de valores e interesses comunitários, que podem se apresentar contrapostos aos valores e interesses individuais, consubstanciados nos direitos fundamentais. Embora possam estar relacionados ou conexos com direitos fundamentais, com estes não se confundem. São dotados de normatividade própria, autônoma³⁵.

Comumente, esses deveres são positivados em normas principiológicas, isto é, em cujo enunciado não é possível identificar de antemão o respectivo substrato fático. A sua aplicabilidade direta aos casos concretos, assim, é semelhante à das normas que estatuem direitos fundamentais, sujeitando-se às condições fáticas e jurídicas existentes, comportando satisfação em graus variados e podendo ser sopesados com outros direitos, bens ou valores de igual estatura constitucional.

A Constituição determina, no art. 76, que o "Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado"³⁶. Por essa disposição, extrai-se que o Presidente, apesar de poder delegar as atribuições materiais da União aos seus Ministros, não deixa de ser por elas responsável. Desse modo, em qualquer pronunciamento *oficial*, está indiscutivelmente jungido ao dever de promover a saúde pública. Mas, ao lado disso, em virtude de sua investidura, *mesmo quando estiver fora do exercício das funções*, tem a sua esfera de liberdade individual gravada pela

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

³⁵ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012, p. 37-38.

³⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

incidência do citado dever. Como derivação do vínculo estabelecido com o Estado Democrático de Direito, está sempre sujeito ao *munus* específico de *defesa da saúde pública*, em todas as suas posturas, atos ou manifestações, sejam escritas, orais ou até mesmo gestuais.

O fato de as afirmações serem proferidas, eventualmente, em veículos ou canais privados de comunicação, em nada modifica ou prejudica esse dever, já que a matéria de fundo é de interesse nacional e afeta a saúde pública. Além disso, por se tratar do próprio Chefe do Poder Executivo Federal, é muito mais difícil, na ótica do cidadão comum, diferenciar os conceitos de dentro e fora do serviço. O indivíduo Jair Bolsonaro sempre é encarado pelo papel que exerce no seio do Estado.

O dever de defesa da saúde pública exige o atendimento dos *princípios da precaução e da prevenção*. Com efeito, a *atuação preventiva* do Poder Público está expressamente enunciada no art. 196 da Constituição, o qual estatui que a saúde será garantida mediante políticas que “visem à redução do risco de doença e de outros agravos”³⁷.

Conjugado à defesa da saúde pública, existe outro dever constitucional a incidir na situação-problema: o *dever de prestar informação de relevância pública, com correção, clareza e fidedignidade*, o qual emana de dois incisos do art. 5º, XIV e XXXIII, da Constituição Federal³⁸. No primeiro, está assegurado “o acesso à informação”; e, no segundo, o direito de todos receberem dos “órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral”. O Presidente, nas manifestações oficiais, está sujeito a tal encargo. Mas, mesmo nas não oficiais, apesar de não poder ser considerado *órgão público*, não pode prejudicar as finalidades essenciais de sua função, sendo-lhe vedado: *atentar contra a verdade* ou *atentar contra a necessidade de esclarecimento dos fatos sobre os quais venha a opinar ou comentar*.

Estabelecida, assim, a “topografia do conflito”³⁹ entre bens constitucionais, o primeiro questionamento consiste em saber se há possibilidade de harmonização prática, ou seja, de uma solução resultante da incidência conjugada de elementos

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem.

³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1239.

oriundos de todas as normas em confronto.

No caso em apreço, a solução de harmonização prática somente seria possível para a adequação de posturas futuras do Presidente (e, mesmo assim, bastante difícil de ser alcançado, dada a insistência das declarações). Todavia, para as posturas já materializadas, com efeitos já produzidos, a sua constitucionalidade somente pode ser aferida a partir da verificação de qual das normas (ou do conjunto de normas) apresenta maior peso ou valor.

Este último tipo de confrontação, denominado de sopesamento, ponderação ou balanceamento, é abordado em doutrina, dentre muitos, por Robert Alexy, o qual ensina que a solução consiste em estabelecer uma *relação de precedência condicionada*, com base nas circunstâncias do concreto⁴⁰.

Nesse sentido, o 1º fator (objetivo e relevante) a incidir decisivamente na colisão diz respeito à *alta repercussão da mensagem*, consistente na potencialidade para estimular a adoção de determinados comportamentos por parte significativa da sociedade, a exemplo da *automedicação*.

A propósito, ao fim de maio, foi divulgada notícia de que, após o governo defender o uso da cloroquina para o tratamento da Covid-19, a procura pelo medicamento disparou nas farmácias, os preços aumentaram, e os remédios sumiram das prateleiras. Isso prejudicou, inclusive, pacientes que usavam o remédio antes da pandemia para o tratamento de outras doenças⁴¹.

Ainda na avaliação do 1º fator, cumpre trazer à tona um estudo elaborado por economistas da Fundação Getúlio Vargas-SP e da Universidade de Cambridge, no Reino Unido. Nesse, os pesquisadores se utilizaram de dados de geolocalização anônimos de 60 milhões de aparelhos celulares e cruzaram com informações divulgadas pelo Tribunal Superior Eleitoral. Concluíram que, após as falas do Presidente em 15 e 24 de março, minimizando os riscos da pandemia de Covid-19 e desestimulando as medidas de contenção, a taxa de adesão ao isolamento social

⁴⁰ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 96.

⁴¹ SOBRINHO, Wanderley Preite. Com alta na procura, preço dispara e cloroquina some das farmácias. Portal UOL, São Paulo, 26 maio 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/26/com-alta-na-procura-preco-dispara-e-cloroquina-some-das-farmacias.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

caiu imediatamente em municípios nos quais ele contava com maioria de apoiadores (havia recebido mais votos durante o pleito eleitoral de 2018). As quedas foram significativas, e os seus efeitos persistiram por pelo menos uma semana⁴².

O 2º fator a orientar o balanceamento consiste na *divergência entre os posicionamentos do Presidente e as evidências científicas*. Esse contexto está ligado à *acentuada reiteração desses posicionamentos (3º fator)*, ou seja, à firme resolução do Chefe do Poder Executivo em mantê-los, mesmo à medida foram sendo desaprovados pelos órgãos técnicos.

Por um lado, o Presidente, enquanto indivíduo, detém a liberdade de se expressar e de opinar; mas, por outro, a insistência, ao longo de meses a fio, baseada somente em convicção pessoal, transformou o que poderia ser, em princípio, apenas uma opinião ou simples expressividade, em uma *bandeira ideológica*. Dessa forma, acaba por sonegar os esclarecimentos necessários aos cidadãos, que ficam sujeitos a seguir aquilo que corresponde às crenças de cada um. A população resta desprovida de informações públicas confiáveis, tanto para pautar as escolhas individuais, como para contribuir com a eficácia das medidas sanitárias.

Há de se considerar, ainda, como 4º fator, a necessidade de *cautela para evitar a produção de danos à saúde pública*, que podem ser irreparáveis, irreversíveis ou imprevisíveis. Nessas condições, a aplicação dos princípios da prevenção e da precaução conduz a que a atividade potencialmente lesiva seja obrigatoriamente evitada.

Há segurança técnica quanto à produção de efeitos colaterais pelos medicamentos recomendados pelo Presidente. Há também clareza de que, enquanto não advier a vacina, as medidas mais eficazes para reduzir a propagação da doença são aquelas relacionadas à redução da exposição ao vírus.

Os riscos decorrentes do não acatamento das medidas de contenção abrangem: esgotamento dos meios de atendimento disponíveis nos sistemas público e privado de saúde; possibilidade de recidiva da doença; prejuízos para as

⁴² AJZENMAN, Nicolás; CAVALCANTI, Tiago; DA MATA, Daniel. "More Than Words: Leaders' Speech and Risky Behavior During a Pandemic". April 22, 2020. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3582908>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3582908>>. Acesso em: 25 set. 2020.

atividades econômicas e para os postos de trabalho; e, principalmente, óbitos de milhares de pessoas.

Além desses, importa acrescentar que o Brasil é marcado, em suas grandes cidades, pela existência de comunidades vulneráveis, de baixa renda, que ocupam habitações em condições precárias, aglomeradas e desprovidas do devido aparato sanitário. Esse contexto social aumenta seriamente o risco de novas contaminações.

No plano internacional, o país pode sofrer prejuízos à sua imagem e à sua credibilidade no enfrentamento de crises, o que torna plausível uma condição de futuro isolamento político e/ou econômico.

Destarte, as circunstâncias fáticas e objetivas que marcam a colisão das normas constitucionais em epígrafe desembocam na demonstração de que, na relação de precedência, a norma que tutela a liberdade de expressão deve ceder face à incidência das normas que positivam os deveres constitucionais específicos, decorrentes dos arts. 5º, *caput* e incisos XIV e XXXIII; 6º, *caput*; 23, II; e 196, todos da Constituição Republicana. Vale dizer: afastada a possibilidade de solução conjugada das normas em conflito, aflora a conclusão de que são os vetores obrigacionais/proibitivos da Constituição que, efetivamente, regem as condutas.

À semelhança da metódica de Alexy⁴³, é possível extrair uma *lei colisão*, em que **P1** corresponde ao direito à liberdade de expressão; e **P2**, aos deveres constitucionais de: proteção da saúde pública, prevenção-precaução e prestação de informação de relevância social clara e fidedigna. As condições que implicam a preferência de **P2** sobre **P1** foram identificadas como sendo: alta repercussão das mensagens; contrariedade às evidências científicas; acentuada reiteração; e necessidade de cautela para evitar danos irreparáveis, irreversíveis ou imprevisíveis. Tais condições (**C**) formam o suporte fático da regra do caso concreto, cuja prescrição consiste na consequência jurídica (**R**) reclamada pela incidência das normas prevalentes, a saber: ilicitude constitucional das condutas analisadas.

Por derradeiro, resta observar que, por ser a saúde um *direito social*, é possível que as mesmas condutas sejam consideradas como configuradoras do crime de

⁴³ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.2017, p. 96-99.

responsabilidade previsto no art. 85, III, da CRFB/88⁴⁴. Para tanto, é preciso verificar a presença de um elemento subjetivo (dolo ou culpa grave) e dos elementos materiais (nexo de causalidade e nocividade constitucional relevante).

Tanto o elemento subjetivo quanto os materiais estão sujeitos à avaliação política do Congresso Nacional. Há, no entanto, fortes indicativos que denotam o seu aperfeiçoamento no caso em análise: o dolo ou a culpa grave podem ser extraídos da prolongada reiteração das condutas lesivas, mesmo contrárias aos posicionamentos dos órgãos técnicos e científicos; o nexo de causalidade pode ser inferido, dentre outros aspectos, do aumento do consumo da cloroquina e da hidroxicloroquina, bem como da redução da adesão ao distanciamento social e da realização de manifestações de apoiadores do governo durante a pandemia; e a relevante nocividade constitucional pode ser decorrente do número exorbitante de contaminações e óbitos, que, na data de 25 de setembro, chegaram ao patamar de *4.657.702 casos confirmados* e de *139.808 óbitos*⁴⁵.

CONCLUSÃO

A partir do exposto, é possível observar que o direito fundamental à liberdade de expressão titularizado pelos agentes públicos e, em particular, pelo Presidente da República, sofre limitações ou restrições decorrentes do especial vínculo travado com o Estado. Tais restrições podem assumir as formas de deveres fundamentais específicos (dever de promoção e defesa da saúde pública, de cautela e de prestação de informações corretas e claras à população).

Analizadas as posturas do Presidente relacionadas à pandemia de Covid-19, traçou-se a estrutura de colisão entre a liberdade de expressão e os referidos deveres. Consideradas várias premissas fáticas, como a alta repercussão das mensagens, a acentuada contrariedade à ciência, a reiteração e os riscos intoleráveis, imprevisíveis e incalculáveis à saúde e à vida de milhares de pessoas,

⁴⁴ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: [...] III – o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais.

⁴⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel Coronavírus. CORONAVÍRUS BRASIL, Brasília, 2020, Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

constatou-se que as condutas desbordaram das fronteiras protetivas da liberdade de expressão e acarretaram violações aos referidos deveres constitucionais.

Tal raciocínio, associado aos elementos de dolo ou culpa grave, do nexo de causalidade e da relevante nocividade constitucional, revelou ser possível, na espécie, a configuração do atentado à Constituição e do crime de responsabilidade previsto no art. 85, III, da CRFB/88 (o que depende, ainda, do juízo político a cargo do Congresso Nacional).

REFERÊNCIAS

AJZENMAN, Nicolás; CAVALCANTI, Tiago; DA MATA, Daniel. "More Than Words: Leaders' Speech and Risky Behavior During a Pandemic". April 22, 2020. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=3582908>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3582908>> Acesso em: 25 set. 2020.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., 5ª triagem. São Paulo: Malheiros, 2017.

AZEVEDO, Reinaldo. Bolsonaro, o ópio dos cretinos, rima cloroquina com tubaína sobre cadáveres. Portal UOL, 19 maio 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/05/19/bolsonaro-quem-e-de-direita-toma-cloroquina-quem-e-de-esquerda-tubaina.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BARRETO, Clara. OMS suspende o uso da cloroquina e hidroxicoloroquina em testes contra a Covid-19. Portal PEBMED, 25 maio 2020. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/oms-suspende-o-uso-da-cloroquina-e-hidroxicoloroquina-em-testes-contra-a-covid-19/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BEHNKE, Emily. Antes de reunião com Mandetta, Bolsonaro defende, nas redes, uso de cloroquina. Portal UOL, 08 abr. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2020/04/08/antes-de-reuniao-com-mandetta-bolsonaro-defende-nas-redes-uso-de-cloroquina.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BOLSONARO insiste na defesa da cloroquina e diz que já ouviu testemunhos de cura. ISTO É, 23 maio 2020. Disponível em: <<https://istoe.com.br/bolsonaro-insiste-na-defesa-da-cloroquina-e-diz-que-ja-ouviu-testemunhos-de-cura/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CAMPOS, João Pedroso de; ZYLBERKAN, Mariana; GHIROTO Edoardo. "Coerência no diagnóstico". Revista VEJA, São Paulo, ABRIL, edição 2695, ano 53, nº 29, 15 jul. 2020, p. 26-29.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed., 11ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2000.

CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. CFM condiciona uso de cloroquina e hidroxicloroquina a critério médico e consentimento do paciente. Portal do Conselho Federal de Medicina, 23 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28672:2020-04-23-13-08-36&catid=3>. Acesso em: 22 jun. 2020.

COLETTA, Ricardo Della. Bolsonaro faz apelo por reabertura e fala em "exagero" no enfrentamento da pandemia. Folha de São Paulo, 22 jun. 2020. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2020/06/bolsonaro-faz-apelo-por-reabertura-e-fala-em-exagero-no-enfrentamento-da-pandemia.shtml>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

CUNHA, Clóvis Arns da (Presidente da Sociedade Brasileira de Infectologia). Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI, Informe nº 15, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <<https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/Informe-15-uso-de-medicamentos-para-covid-19.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

CUNHA, Clóvis Arns da (Presidente da Sociedade Brasileira de Infectologia). Sociedade Brasileira de Infectologia – SBI, Informe nº 16, São Paulo, 17 jul. 2020. Disponível em: <<https://web.infectologia.org.br/wp-content/uploads/2020/07/atualizacao-sobre-a-hidroxicloroquina-no-tratamento-precoce-da-covid-19.pdf>>. Acesso em: 25 de jul. de 2020.

EUA cancelam autorização para uso da hidroxicloroquina no tratamento contra a Covid-19. Portal G1, 15 jun. 2020. Disponível em <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/06/15/agencia-americana-revoga-liberacao-da-hidroxicloroquina-como-tratamento-para-a-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

GHIROTTO, Eduardo; GONÇALVES, Eduardo; CAMPOS, João Pedroso; MATTOS, Marcela. "Todo o cuidado é pouco". Revista VEJA, São Paulo, ABRIL, edição 2690, ano 53, nº 24, 10 jun. 2020, p. 28-35.

GRANCHI, Giulia. Por que a cloroquina é segura para certas doenças, mas talvez não para covid. Portal VivaBem, São Paulo, 28 maio 2020. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/noticias/redacao/2020/05/28/por-que>>

cloroquina-e-segura-para-certas-doencas-mas-pode-nao-ser-para-covid.htm>. Acesso em: 22 jun. 2020.

HENRIQUES, Cláudio Maierovitch Pessanha; VASCONCELOS, Wagner. "Crises dentro da crise: respostas, incertezas e desencontros no combate à pandemia da Covid-19 no Brasil". *Estudos Avançados*, vol.34, n.99, São Paulo, May/Aug. 2020, Epub July 10, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142020000200025&tlng=pt> ou <<https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.003>>. Acesso em: 23 set. 2020.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

JUBÉ, Andrea. Bolsonaro exorta população a sair às ruas em manifestação no dia 15. *Valor*, Brasília, 07 mar. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/03/07/bolsonaro-exorta-populacao-a-sair-as-ruas-em-manifestacao-no-dia-15.ghtml>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

LINDNER, Julia. Bolsonaro defende o uso de medicamento "off label" sem necessidade de seguir bula. *ESTADÃO*, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,bolsonaro-defende-uso-de-medicamentos-off-label-sem-necessidade-de-seguir-a-bula,70003369815>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Painel Coronavírus. CORONAVÍRUS BRASIL, Brasília, 2020, Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 25 set. 2020.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. 3ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2012.

NEVES, Úrsula. Associações médicas se manifestam contra o uso da hidroxicloroquina na Covid-19. Portal PEBMED, 19 maio 2020. Disponível em: <<https://pebmed.com.br/associacoes-medicas-se-manifestam-contra-o-uso-da-hidroxicloroquina-na-covid-19/>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

OMS reitera importância do isolamento para combater coronavírus. *JORNAL NACIONAL*. Portal G1, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal->

nacional/noticia/2020/03/25/oms-reitera-importancia-do-isolamento-para-combater-coronavirus.ghml>. Acesso em: 22 jun. 2020.

RIBEIRO, Wandy. "Cloroquina não tem efeito colateral" afirma Bolsonaro. Portal ICTQ, 2020. Disponível em: <<https://www.ictq.com.br/politica-farmaceutica/1328-cloroquina-nao-tem-efeito-colateral-afirma-bolsonaro>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

RIBEIRO, Mauro Luiz de Brito (Conselheiro). PROCESSO-CONSULTA CFM nº 8/2020 – PARECER CFM nº 4/2020. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 16 abr. 2020. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/pareceres/BR/2020/4>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

SAKAMOTO, Leonardo. Cena de culto à cloroquina mostra que ela se tornou símbolo do bolsonarismo. Portal UOL, 20 jul. 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/leonardo-sakamoto/2020/07/20/cena-de-culto-a-cloroquina-mostra-que-ela-se-tornou-simbolo-do-bolsonarismo.htm>>. Acesso em: 25 set. 2020.

SILVA, Clarissa Sampaio. Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição. O caso dos agentes públicos. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOBRINHO, Wanderley Preite. Com alta na procura, preço dispara e cloroquina some das farmácias. Portal UOL, São Paulo, 26 maio 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2020/05/26/com-alta-na-procura-preco-dispara-e-cloroquina-some-das-farmacias.htm>>. Acesso em: 29 jul. 2020.

VEJA a repercussão sobre o pronunciamento de Bolsonaro sobre Covid-19. FOLHA DIRIGIDA, 25 mar. 2020. Disponível em: <<https://folhadirigida.com.br/empregos/especiais/veja-a-repercussao-sobre-o-pronunciamento-de-bolsonaro-sobre-covid-19>>. Acesso em: 22 jun. 2020.

51. O DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO EM FACE DO "ESTADO DE EXCEÇÃO" DA PANDEMIA COVID-19 NA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL¹

*THE RIGHT TO ACCESS TO INFORMATION IN FACE OF THE "STATE OF EXCEPTION"
OF THE PANDEMIC COVID-19 FROM THE PERSPECTIVE OF THE BRAZILIAN
SUPREME COURT*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-51>

Rogério Gesta Leal²

Marcia Fernanda Alves³

RESUMO

O presente trabalho tem como tema as restrições ao direito fundamental de acesso à informação durante a situação de excepcionalidade provocada pela pandemia do coronavírus e a posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao assunto. Desta

¹ Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Brasil – Código de Financiamento 001, e é resultado de pesquisas feitas junto ao Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas, do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, e vinculado ao Diretório de Grupo do CNPq intitulado Estado, Administração Pública e Sociedade, em especial fruto do projeto de pesquisa em andamento sobre sociedade de riscos e democracia radical: a formação de políticas públicas a partir de decisões judiciais, coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal, bem como ao Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal.

² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade Santa Cruz do Sul – UNISC. Professor da FMP. Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli – Roma Trè, Universidad de La Coruña – Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM. Membro da Rede de Direitos Fundamentais – REDIR e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Brasília. Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura – ENFAM, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira. Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras – Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. E-mail: gestaleal@gmail.com.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do Grupo de Pesquisa "Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição constitucional – instrumentos teóricos e práticos", vinculado ao CNPq e coordenado pela professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal e do Grupo de Pesquisa Estado, Administração Pública e Sociedade, em especial fruto do projeto de pesquisa em andamento sobre sociedade de riscos e democracia radical: a formação de políticas públicas a partir de decisões judiciais, vinculado ao CNPq e coordenado pelo Professor Titular Dr. Rogério Gesta Leal. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2747-9694>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7500435040919014>. E-mail: marcia-alves10@live.com.

forma, foca-se no seguinte problema: como o Supremo Tribunal Federal se posicionou e quais critérios utilizou na fundamentação das decisões durante a pandemia, quando em jogo o direito fundamental à informação? Para tanto, inicialmente, teceram-se considerações acerca da importância do direito ao acesso à informação para a manutenção da democracia brasileira durante a pandemia. Após, abordou-se sobre o papel do Supremo Tribunal Federal como protetor dos direitos constitucionais em tempos de exceção. Por fim, analisou-se a forma de decidir e os fundamentos adotados pelo mais alto Tribunal do País na decisão proferida na ADI 6.351, que versa sobre a Covid-19 e pedidos de acesso à informação, e na ADPF 690, que trata sobre o acesso aos boletins epidemiológicos atualizados. Utilizou-se, na estruturação e organização do texto, o método hipotético-dedutivo e concluiu-se, ao final, que o acesso à informação é elemento crucial para a manutenção do estado democrático de direito e qualquer restrição a esse direito deve ocorrer dentro dos limites da proporcionalidade, a fim de evitar que a exceção vire regra.

PALAVRAS-CHAVE: Covid-19; Direito de acesso à informação; Estado de Exceção; Pandemia; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

This paper has as its theme the restrictions to the fundamental right of access to information during the exceptional situation caused by the coronavirus pandemic and the position of the Supreme Court on the subject. Thus, it focuses on the following problem: how did the Federal Supreme Court position itself and what criteria did it use to base decisions during the pandemic, when the fundamental right to information is at stake? To this end, initially, considerations were made about the importance of the right to access information for the maintenance of Brazilian democracy during the pandemic. Afterwards, the Federal Supreme Court's role as protector of constitutional rights in times of exception was addressed. Finally, the way of deciding and the grounds adopted by the highest court in the country was analyzed in the decision issued in ADI 6.351, which deals with Covid-19 and requests for access to information, and in ADPF 690, which deals with the access to updated epidemiological bulletins. In the structuring and organization of the text, the hypothetical-deductive method was used and it was concluded, in the end, that access to information is a crucial element for the maintenance of the democratic rule of law and any restriction to that right must occur within the proportionality limits, in order to prevent the exception from becoming a rule.

KEYWORDS: Covid-19; Right of access to information; Exception status; Pandemic; Brazilian Supreme Court.

1 INTRODUÇÃO

O direito constitucional ao acesso à informação pública, bem como a publicidade e transparência da atuação estatal são valores essenciais para o sistema democrático e devem ser perseguidos mesmo diante de um cenário excepcional.

Assim, o presente artigo pretende responder o seguinte questionamento: como o Supremo Tribunal Federal se posicionou e quais critérios utilizou na fundamentação das decisões durante a pandemia, quando em jogo o direito fundamental à informação?

O trabalho mostra-se relevante, uma vez que se propõe a analisar a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal em um cenário excepcional, de crise pandêmica, bem como a revelar quais os fundamentos utilizados por ele quando em jogo o direito fundamental de acesso à informação. Para a elaboração e construção do trabalho utiliza-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, o método procedimental analítico, e a técnica da documentação indireta.

Desta forma, inicialmente contextualiza-se acerca da importância do direito ao acesso à informação para a manutenção da democracia brasileira durante a pandemia. Após, aborda-se o papel do Supremo Tribunal Federal como protetor dos direitos constitucionais e guardião da Constituição. Por fim, analisa-se quais os fundamentos utilizados pelo Tribunal brasileiro para fundamentar os limites da sua atuação e a sua forma de decidir, em sede da ADI 6.351, que versa sobre o pedido de suspensão da eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, atos normativos que dispõem sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus e da ADPF 690, que dispõe sobre a violação de preceitos fundamentais da Constituição Federal, verificada devido a interrupção abrupta da divulgação dos dados epidemiológicos no Brasil.

2 O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO NO COMBATE À PANDEMIA

Desde o surgimento do coronavírus, foi possível observar diferentes atitudes governamentais para atravessar a crise. Enquanto alguns países que se anteciparam aos altos números de contaminação e mortes, puderam lograr êxito ao estabelecer políticas públicas preventivas que envolviam tanto a testagem massiva até medidas mais restritivas de distanciamento social, outros foram mais reticentes à adoção de medidas de enfrentamento ao vírus e até mesmo promoveram discursos contra as

orientações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e propagaram, inclusive, desinformação. A exemplo do Brasil, como será visto neste capítulo.

Nesse cenário, em março deste ano, o chefe do Poder Executivo editou a Medida Provisória 928/2020, a qual previa a suspensão dos pedidos por meio da Lei de Acesso à Informação (LAI – Lei n. 12.527) em todos os órgãos e entidades da administração pública federal, permitindo que os pedidos de informação não fossem respondidos por conta do regime de teletrabalho dos servidores, além de suspender a possibilidade recursal⁴, mesmo diante de diversas declarações de cientistas, médicos e pesquisadores demonstrarem a necessidade da ampliação das informações e dados sobre o avanço da Covid-19, especialmente em grupos em situação de vulnerabilidade social⁵.

Após a tentativa de impor restrições à LAI, já no mês de junho, o Ministério da Saúde passou a retardar e alterar a forma de divulgação dos dados sobre o coronavírus. As alterações foram feitas no formato do “Balanço Diário da Covid-19”, no qual foram omitidos dados relevantes sobre a pandemia e, posteriormente, tirando por completo o site de divulgação dos dados diários do ar, constando a mensagem “portal em manutenção” ao acessá-lo. Após o restabelecimento do site, as informações constavam sem o número acumulado, inviabilizando o acompanhamento do avanço da Covid-19 no país. Os dados sobre a evolução do vírus também foram omitidos aplicativo Coronavírus – SUS⁶, contrariando as

⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

⁵ Contudo, importante mencionar que a reação das instituições ocorreram quase que imediatamente à edição da medida provisória. Por parte do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass), entidade de direito privado composta por Secretários de Estado da Saúde e seus substitutos legais, enquanto gestores oficiais das Secretarias de Estado da Saúde dos estados e Distrito Federal, criou-se um painel paralelo, dando conta do aumento do número de vítimas e contaminados pela doença. CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). Painel CONASS Covid-19. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>>. Acesso em: 13 de setembro de 2020. Além disso, a cobertura por parte da imprensa tem sido constante, apresentando informações atualizadas diariamente e em todos os veículos de comunicação, bem como divulgações sobre a corrida mundial por vacinas e medicamentos., demonstrando, assim, o efetivo exercício do direito fundamental de ação e participação democrática.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 690 Distrito Federal, sentença do dia 8 de junho de 2020. Rel. Min. Alexandre de Moraes.

disposições da LAI, no que diz respeito a obrigatoriedade da publicação de informação de interesse público, por parte das instituições, contando como regra a publicidade e a transparência das informações.

Isso reflete, em verdade, à consistência democrática do país, pois o livre fluxo de informações e ideias é crucial para o efetivo respeito ao direito de buscar, receber e transmitir informações e ideias, sendo que tais direitos quando não respeitados, pode-se abrir espaço para a ineficiência dos governos⁷. Sem acesso à informação, não há como exercer uma participação social, o que gera dificuldades para a efetiva criação e controle de políticas públicas de combate à crise – social, sanitária e econômica – o que pode ser feito de maneira mais célere e sólida a partir do debate e ampliação dos instrumentos de participação social e transparência pública.

No mesmo sentido afirma Sarlet, ao frisar que é imprescindível ao Estado Democrático de Direito cumprir com o dever constitucional de transparência, publicidade e informação, pois “além de permitir o controle social, assegura (ou facilita) a fruição (e proteção) de outros direitos fundamentais (não apenas, mas em especial os direitos de participação política e de crítica, e também os direitos sociais)”⁸, especialmente durante a pandemia, diante da autorização concedida aos gestores públicos no sentido de dispensar licitações, devendo ser assegurado a plenitude de acesso às informações públicas pela sociedade para proporcionar o devido controle democrático.

E, neste contexto, pode-se afirmar que o direito de acesso à informação também diz respeito a uma das expressões cunhadas por Peter Häberle, pela qual desenvolve-se o conceito de *status activus processualis*, ou seja, uma cidadania ativa processual, por meio da qual se viabiliza um controle social indispensável a um Estado democrático, bem como a possibilidade de exercício consciente e informado

Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020b.

⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. MAAS, Rosana Helena. O dever dos entes estatais de disponibilizar informações públicas como fundamento para o exercício do *status activus processualis* no controle de políticas públicas: uma proposta de canal de informações e transparência em políticas públicas da saúde (CITAPP SAÚDE) frente ao estudo da judicialização da saúde em Santa Cruz do Sul. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 775.

da liberdade de crítica e participação política. Consistindo, ainda, na posição que cada cidadão deve adotar, objetivando tomar parte dos aspectos políticos decisórios que o circundam para possibilitar a concretização da sociedade aberta de intérpretes da Constituição⁹.

Grande parte das medidas excepcionais adotadas pelo governo federal foram revertidas pelo Poder Judiciário brasileiro, notadamente o Supremo Tribunal Federal, o qual, neste cenário de escalada antidemocrática, possui um papel essencial na prevenção de arbitrariedades e reversão de inconstitucionalidades. Este papel de guardião do texto constitucional em tempos excepcionais, no entanto, será melhor abordado no tópico a seguir.

3 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMPOS DE CRISE PARA A CONTENÇÃO DO “ESTADO DE EXCEÇÃO”¹⁰

Como visto anteriormente, já restou evidenciado algumas limitações ao acesso à informação e inobservância da transparência governamental. Desta forma, não é menos relevante que sérios prejuízos futuros possam ser evitados pela reversão dessa situação, através das reações dos órgãos de controle, da sociedade civil e, especialmente, do Poder Judiciário, as quais são mais do que bem-vindas.

Não se subestima a gravidade e as dificuldades advindas da pandemia provocada pela Covid-19, entretanto, não se pode legitimar o atropelo no tratamento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, pois “tem se fragilizado os argumentos de justificação e fundamentação das condições e possibilidades do Estado de Exceção¹¹”, e, diante da elevação dos poderes conferidos ao Poder Executivo nestas situações, governos aparentemente democráticos se utilizam desse instrumento de forma abusiva, o que pode abrir espaços para abusos e desvios

⁹ (Ibdem, 2016)

¹⁰ Utilizar-se-á para este estudo a expressão “estado de exceção” entre aspas, por se tratar de um pressuposto, visto que no Brasil não se decretou oficialmente um estado de exceção. Todavia, algumas características próprias desse instrumento de enfrentamento de crises estão presentes, como a situação analisada neste trabalho, a exemplo das restrições de direitos e a ampliação de poderes ao chefe do Executivo.

¹¹ LEAL, Rogério Gesta. Défis démocratiques dans la société des risques et (des) chemins des protagonistes institutionnels au Brésil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 37.

de poder. Como exemplo disso, cita-se a utilização em demasiado, durante a pandemia, da “figura da Medida Provisória, que tem, inclusive, argumentos de justificação centrados na ideia de que algumas demandas públicas têm caráter de urgência e não podem esperar trâmites dos processos legislativos alongados¹²”, além disso:

[...] aceitar que constitui esta Democracia momentos de imprevisibilidade de suas possibilidades, notadamente em face de situações de exceção, implica reconhecer a importância de tentarmos permanentemente controlar, preventiva e curativamente, aquelas situações inimagináveis, potencializadoras de instabilidades democráticas, através de blocos normativos diferidos, distinguindo o uso do puro arbítrio velado pela urgência da ação política, das ações políticas de emergência vinculadas constitucional e infraconstitucionalmente¹³.

Outrossim, por se tratar de um momento de urgência, os mecanismos preventivos que filtram essas ações governamentais, que serviriam para verificar a legitimidade e legalidade, são muito precários, desta forma faz-se necessário manter um controle permanente da constitucionalidade das ações políticas e, como agente controlador da crise está o Supremo Tribunal Federal, o qual possui legitimidade para atuar como guardião da Constituição, função dada pelo próprio texto constitucional, fazendo com que o debate se desloque para o âmbito de competência daquela corte, nas palavras de Barroso:

Supremas cortes, na maior parte do mundo, têm como missão institucional de interpretar e aplicar a Constituição com a finalidade precípua de proteger valores e direitos fundamentais (inclusive das minorias) e assegurar o respeito à democracia (traçando os limites da atuação de cada poder e impedindo que as maiorias políticas manipulem ou falseiem as regras do jogo democrático em

¹² LEAL, Rogério Gesta. Défis democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 35.

¹³ LEAL, Rogério Gesta. Défis democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 204

benefício próprio)".¹⁴

Neste mesmo norte, vale salientar que o Supremo Tribunal Federal vem exercendo seu papel contramajoritário em casos de desrespeito aos grupos minoritários, impedindo o retrocesso em questão de direitos fundamentais, frente a decisões majoritárias abusivas - que partem até mesmo do Poder Público e seus agentes - atuando de tal forma a partir de um conceito que se ata a uma noção material de democracia. Esse papel lhe permite invalidar leis e atos normativos provenientes tanto do Poder Legislativo como do Executivo, com a função principal de garantir os direitos fundamentais, que, como referido anteriormente, funcionam como trunfos contra os excessos da maioria¹⁵. Ainda, entende-se que "quanto mais séria for a restrição a um direito, tanto mais intenso deve ser o controle pelos Tribunais¹⁶". Além disso, o direito ao acesso à informação possui dupla dimensão, objetiva e subjetiva, sendo que da dimensão objetiva decorre o dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*), neste sentido:

Na perspectiva da sua dimensão objetiva o direito à informação densifica, no plano constitucional e dos direitos fundamentais, um valor essencial de natureza coletiva, porquanto indispensável a um Estado Democrático de Direito, para o qual a publicidade e a transparência dos atos dos órgãos estatais viabilizam o controle social e uma cidadania ativa e consciente, assim como o papel social da liberdade de informação em geral, igualmente estruturante para a Democracia. [...] Ademais disso, o direito de acesso à informação implica, na perspectiva objetiva, tanto a existência de um dever de proteção estatal e correlatos deveres na seara organizatória e procedimental, traduzindo aqui também a função de um dever de natureza prestacional. Isso significa que o Estado, como garante do direito geral de ser informado e do direito de acesso à informação, deve

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto e OSORIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi. In: Revista Consultor Jurídico, 8 de janeiro de 2018. Disponível em: ><https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf><. Acesso em: 11 de setembro de 2020. p. 4.

¹⁵ (Ibidem, 2016)

¹⁶ KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: Dignidade Humana, Direitos Sociais E Não-Positivismo Inclusivo, editado por Robert Alexy, Narciso Báez e Rogério da Silva, traduzido por Carlos Luiz Strapazzon, 215–66. 2015. Florianópolis: Qualis. p. 23

assegurar um sistema informacional funcional, de modo que cada cidadão possa efetivamente ter condições de se informar sobre os assuntos essenciais para o Estado Democrático.¹⁷

Daí decorre a legitimidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, mesmo porque o argumento sobre a inaplicabilidade de normas ordinárias em cenários de emergência institucional e social, como a causada pela pandemia da Covid-19 “não pode justificar ou explicar a suspensão, por todo ou em parte, dos padrões normativos vigentes (como a lei de acesso a informação, por exemplo)”¹⁸.

As situações vivenciadas durante a pandemia provocada pelo coronavírus ensejaram diversas demandas judiciais, que, invariavelmente, colocaram – e continuarão a colocar – o Supremo Tribunal Federal como ator protagonista da crise¹⁹, fazendo-se necessário analisar os limites de atuação e a forma de decidir do mais alto tribunal brasileiro, na contenção de medidas emergenciais inconstitucionais, como será visto a seguir.

4 ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS UTILIZADOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DECISÃO EM SEDE DA ADI 6.351 E DA ADPF 690

O trabalho propõe-se a analisar os fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões quando em jogo o direito à informação, transparência e publicidade, durante o período pandêmico. Para tanto selecionou-se as decisões proferidas pelo Ministro Alexandre de Moraes que versam sobre a tentativa do

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. p. 774-775.

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. Tempos de (des)ordem: limites de contenções. In: Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/rogerio-gesta-leal-tempos-desordem-limites-contencoes>>. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

¹⁹ Com o intuito de proporcionar transparência e informação à sociedade, além de demonstrar em números a crescente atuação do Supremo Tribunal Federal em processos relacionadas à crise provocada pelo coronavírus, disponibilizou-se o “Painel de Ações COVID-19”, por meio do qual se observa que, até o dia 25 de setembro de 2020, foram proferidas 5.885 sentenças sobre o tema. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Painel de ações Covid-19 - 2020. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08-fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>>. Acesso em: 25 de setembro de 2020.

Governo Federal de impor restrições à LAI e a omissão de dados sobre a evolução do coronavírus no país pelo Ministério da Saúde.

Inicia-se a análise pelas três ações diretas de inconstitucionalidade – ADI 6.347, 6.351 e 6.353 –, analisadas em conjunto, cujo os pedidos dizem respeito a declaração de inconstitucionalidade do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020, citada anteriormente. As ações foram propostas pela Rede Sustentabilidade, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), respectivamente. Os requerentes alegam, em suma, que o dispositivo em comento é inconstitucional, pois limita o direito à informação, à transparência e à publicidade²⁰.

Inicialmente, reputou-se estarem presentes os requisitos para a concessão da medida cautelar pretendida, uma vez que “o artigo impugnado pretende TRANSFORMAR A EXCEÇÃO – sigilo de informações – EM REGRA, afastando a plena incidência dos princípios da publicidade e da transparência²¹”, firmando-se o entendimento de que, a partir do conteúdo do dispositivo, o sigilo de informações passaria de exceção para regra geral, restringindo o livre acesso do cidadão à informações²² que o texto constitucional consagra de forma expressa. Ou seja, “a regra é o livre acesso a essas informações, a exceção é o sigilo²³” e a Medida Provisória inverteu essa lógica.

Além disso, o princípio da publicidade é imprescindível à condução da Administração Pública no âmbito dos três Poderes, devendo ter tido como prioridade

²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.351 Distrito Federal, sentença do dia 25 de março de 2020a. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

²¹(Ibdem, 2020a, p. 9)

²² Importante lembrar, contudo, que as informações e publicidades apresentadas pelo Governo Federal sobre a pandemia do coronavírus, devem ser verdadeiras e “informar adequadamente o público acerca das situações que colocam em risco a sua vida, saúde e segurança”, foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ocasião da análise da ADPF 669, que versa sobre a proibição da campanha publicitária “o Brasil não pode parar”, a qual convocava a população a retornar às suas atividades plenas, diminuindo os riscos de contágio da Covid-19. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 669 Distrito Federal, sentença do dia 31 de março de 2020. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020. p. 17.

²³ (Ibdem, 2016. p. 69)

absoluta na gestão administrativa a fim de garantir total acesso às informações para toda a população, estando o Estado obrigado a fornecer as informações solicitadas, sob pena de responsabilização política, civil e criminal, salvo nas hipóteses constitucionais de sigilo. Neste sentido, o magistrado igualmente reconheceu a relevância da transparência e da publicidade para os princípios democrático e republicano, sendo, ainda, absolutamente necessários para a fiscalização dos órgãos governamentais e garantindo o pleno exercício do princípio democrático²⁴. Nos termos da decisão:

A participação política dos cidadãos em uma Democracia representativa somente se fortalece em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das diversas opiniões sobre as políticas públicas adotadas pelos governantes, como lembrado pelo JUSTICE HOLMES ao afirmar, com seu conhecido pragmatismo, a necessidade do exercício da política de desconfiança (*politics of distrust*) na formação do pensamento individual e na autodeterminação democrática, para o livre exercício dos direitos de sufrágio e oposição²⁵;

Restou estabelecido, ainda, que a publicidade de determinada informação só poderá estar sob sigilo quando o interesse público determinar, ou seja, o conteúdo que será posto à disposição dos cidadãos e também o alcance dessas informações será determinado pelo texto constitucional²⁶. Não obstante isso, quando da confirmação da decisão pelo Plenário, o ministro Roberto Barroso acrescentou que na LAI já existem válvulas de escape para situações emergenciais, as quais estão descritas no artigo 11, inciso II, e permitem, na hipótese de impossibilidade fática, justificativa pela qual a informação não foi prestada²⁷.

Desta forma, suspendeu-se a eficácia do art. 6º-B da Lei 13.979/2020, incluído pelo art. 1º da Medida Provisória 928/2020 e, tanto na decisão monocrática

²⁴ (Ibdem, 2020a)

²⁵ (Ibdem, 2020a, p. 9)

²⁶ (Ibdem, 2020a)

²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo por temas - Sessões de 1º a 30 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

quanto em Plenário, restou estabelecido que o dispositivo "não estabelece situações excepcionais e concretas impeditivas de acesso à informação²⁸" e, ainda, reforçou-se a ideia de que a medida "transforma a regra constitucional de publicidade e transparência em exceção, invertendo a finalidade da proteção constitucional ao livre acesso de informações a toda a Sociedade²⁹".

No que se refere à medida cautelar proferida na ADPF 690, proposta pela Rede Sustentabilidade, Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face da "sequência de atos do Poder Executivo Federal que restringiram a publicidade dos dados relacionados à Covid-19, em clara violação a preceitos fundamentais da Constituição Federal³⁰", verificada devido a interrupção abrupta da divulgação dos dados epidemiológicos, os quais são imprescindíveis para a manutenção da análise da série histórica de evolução da pandemia no Brasil.

Consideraram-se preenchidos os elementos que dizem respeito à "fumaça do bom direito" e do "*periculum in mora*", eis que prejudicado o efetivo combate a pandemia causada pelo coronavírus, em defesa da vida e da saúde da população brasileira, direitos estes garantidos constitucionalmente e considerados essenciais para a consagração da dignidade da pessoa humana e o bem-estar da sociedade. Entretanto, para o efetivo cumprimento desses postulados o Estado deve investir em políticas públicas destinadas à saúde, estando também o sistema único de saúde (SUS) obrigado constitucionalmente a "executar as ações de vigilância epidemiológica, dentre elas o fornecimento de todas as informações necessárias para o planejamento e combate a pandêmica causada pelo COVID-19³¹".

A gravidade da crise sanitária também foi observada pelo ministro, ao enfatizar a importância de as autoridades brasileiras, em todos os níveis de governo, efetivarem proteção à saúde pública, através da adoção de todas as medidas possíveis para o apoio e manutenção das atividades do SUS³². Vejamos:

²⁸ (Ibdem, 2020a, p. 10)

²⁹ (Ibdem, 2020a, p. 10)

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 690 Distrito Federal, sentença do dia 8 de junho de 2020. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020b. p 1.

³¹ (Ibdem, 2020b, p. 5)

³² (Ibdem, 2020b)

O desafio que a situação atual coloca à sociedade brasileira e às autoridades públicas é da mais elevada gravidade, e não pode ser minimizado, pois a pandemia de COVID-19 é uma ameaça real e gravíssima, que já produziu mais de 36.0006 (trinta e seis) mil mortes no Brasil e, continuamente, vem extenuando a capacidade operacional do sistema público de saúde, com consequências desastrosas para a população, caso não sejam adotadas medidas de efetividade internacionalmente reconhecidas, dentre elas, a colheita, análise, armazenamento e divulgação de relevantes dados epidemiológicos necessários, tanto ao planejamento do poder público para tomada de decisões e encaminhamento de políticas públicas, quanto do pleno acesso da população para efetivo conhecimento da situação vivenciada no País³³.

Além disso, reforçou-se a ideia já defendida na decisão anteriormente analisada, acerca da grande relevância e, até mesmo, prioridade absoluta, que possuem os deveres constitucionais de publicidade e transparência, os quais devem ser garantidos pela Administração Pública, a fim proporcionar o exercício do princípio democrático, de maneira a garantir a necessária fiscalização dos órgãos governamentais, salvo em situações excepcionais, o que não ficou evidenciado na hipótese em análise³⁴, vejamos:

A presente hipótese não caracteriza qualquer excepcionalidade às necessárias publicidade e transparência, sendo notório o fato alegado pelos autores da alteração realizada pelo Ministério da Saúde no formato e conteúdo da divulgação do “Balanço Diário” relacionado à pandemia (COVID-19), com a supressão e a omissão de vários dados epidemiológicos que, constante e padronizadamente, vinham sendo fornecidos e publicizados, desde o início da pandemia até o último dia 4 de junho de 2020, permitindo, dessa forma, as análises e projeções comparativas necessárias para auxiliar as autoridades públicas na tomada de decisões e permitir à população em geral o pleno conhecimento da situação de pandemia vivenciada no território nacional³⁵.

³³ (Ibdem, 2020b, p. 6)

³⁴ (Ibdem, 2020b)

³⁵ (Ibdem, 2020b, p. 7)

Dessa maneira, houve a concessão parcial da medida cautelar pleiteada, para garantir a manutenção da divulgação integral de todos os dados epidemiológicos pelo Ministério da Saúde, sob pena de dano irreparável decorrente do descumprimento dos princípios constitucionais da publicidade e transparência³⁶.

Assim, pelo que se observa nas decisões aqui analisadas, muitos argumentos são similares, quando não iguais, especialmente no que tange ao dever da Administração Pública de proporcionar transparência à população, sendo este um direito garantido constitucionalmente. Contudo, o que se diferencia é que, enquanto na primeira decisão analisada, a ADI 6351, os argumentos se centram na questão de evitar que a exceção vire regra, os fundamentos da ADPF 690 são mais voltados ao dever constitucional da Administração Pública de executar ações de vigilância sanitária e epidemiológica em defesa da vida e da saúde.

CONCLUSÃO

Em momentos de crise, a transparência e a informação proporcionada através da LAI pode contribuir de forma efetiva tanto para a sociedade como para o Estado. Pois, enquanto para o cidadão é permitido acompanhar ações na área de saúde, fazer controle social sobre os atos administrativos ou até buscar informações que ajudam a desmitificar histórias que circulam em redes sociais e nem sempre são verdadeiras, o acesso à informação para o Estado pode contribuir aos gestores públicos e profissionais da saúde no desenvolvimento de políticas públicas de prevenção e reação à pandemia.

Desta forma, respondendo o problema que originou essa pesquisa, qual seja: "como o Supremo Tribunal Federal se posicionou e quais critérios utilizou na fundamentação das decisões durante a pandemia, quando em jogo o direito fundamental à informação?", tem-se que os argumentos centraram-se na ideia de que o acesso à informação é elemento crucial para a manutenção do estado democrático de direito, uma vez que amplia a participação popular e fortalece os mecanismos de controle da gestão pública. Além disso, entendeu-se que somente

³⁶ (Ibidem, 2020b)

haverá exceções à transparência em situações específicas reguladas pelo próprio texto normativo, reforçando-se a tese de que qualquer operação do governo deve se dar dentro dos limites da lei e através da proporcionalidade.

Além disso, nota-se que o STF vem exercendo seu papel contramajoritário em defesa do regular cumprimento das normas constitucionais, especialmente no que tange às obrigações que a Administração Pública possui em proporcionar transparência e publicidade a seus atos. Tais decisões destacam a importância de manter-se instituições vigilantes e dispostas a fazer valer o direito à informação, a fim de assegurar a transparência das ações estatais, indispensável uma crescente participação da sociedade civil, em defesa de seus interesses democráticos.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto e OSORIO, Aline. O Supremo Tribunal Federal em 2017: a república que ainda não foi. In: Revista Consultor Jurídico, 8 de janeiro de 2018. Disponível em: ><https://www.conjur.com.br/dl/retrospectiva-barroso-2017-parte.pdf><. Acesso em: 11 de setembro de 2020.

BRASIL. Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

BRASIL. Decreto nº 89.271, de 4 de janeiro de 1984. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE SECRETÁRIOS DE SAÚDE (CONASS). Painel CONASS Covid-19. Disponível em: <<https://www.conass.org.br/painelconasscovid19/>>. Acesso em: 13 de setembro de 2020.

KLATT, Matthias. Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado. In: Dignidade Humana, Direitos Sociais E Não-Positivismo Inclusivo, editado por Robert Alexy, Narciso Báez e Rogério da Silva, traduzido por Carlos Luiz Strapazzon, 215–66. 2015. Florianópolis: Qualis. p. 23

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. MAAS, Rosana Helena. O dever dos entes estatais de disponibilizar informações públicas como fundamento para o exercício do status activus processualis no controle de políticas públicas: uma proposta de canal de informações e transparência em políticas públicas da saúde (CITAPP SAÚDE) frente ao estudo da judicialização da saúde em Santa Cruz do Sul. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Déficit democráticos na sociedade de riscos e (des)caminhos dos protagonismos institucionais no Brasil. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

_____. Tempos de (des)ordem: limites de contenções. In: Revista Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/rogerio-gesta-leal-tempos-desordem-limites-contencoes>>. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. Curso de direito constitucional. 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.351 Distrito Federal, sentença do dia 25 de março de 2020. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6351.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

_____. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 690 Distrito Federal, sentença do dia 8 de junho de 2020. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF690cautelar.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

_____. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental 669 Distrito Federal, sentença do dia 31 de março de 2020. Rel. Min. Luis Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/liminar-barroso-proibe-campanha-brasil.pdf>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

_____. Informativo por temas - Sessões de 1º a 30 de abril de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo975.htm>>. Acesso em: 09 de setembro de 2020.

_____. Painel de ações Covid-19 - 2020. Disponível em: <<https://transparencia.stf.jus.br/single/?appid=615fc495-804d-409f-9b08->

fb436a455451&sheet=260e1cae-f9aa-44bb-bbc4-9d8b9f2244d5&theme=simplicity&opt=currsel%2Cctxmenu&select=clearall>.
Acesso em: 25 de setembro de 2020.

52. O COLAPSO DO SUS DIANTE DA EMERGÊNCIA SANITÁRIA DECORRENTE DO COVID-19: FORÇA MAIOR OU OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE?

THE COLLAPSE OF SUS DUE TO THE HEALTH EMERGENCY RESULTING FROM COVID-19: GREATER STRENGTH OR OMISSION BY THE PUBLIC ADMINISTRATION IN THE IMPLEMENTATION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH?



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-52>

Suzana Mendonça¹

Aline Regina Carrasco Vaz²

Resumo

A emergência sanitária decorrente do Covid-19 alterou profundamente as estruturas sociais em diversos setores, mas a saúde pública certamente representa uma das esferas mais afetadas. O sistema público de saúde, também apoiado pela iniciativa privada, vem suportando uma excessiva sobrecarga de demanda, cuja consumação desencadeia dúvidas sobre a diligência da atuação estatal frente os efeitos da pandemia. A efetivação do direito à saúde depende, em períodos de normalidade, de condutas positivas praticadas pelo Estado no sentido de efetivá-lo. Tal incumbência resta ainda mais patente em um contexto de crise sanitária. Pretende-se, assim, analisar se houve omissão estatal na concretização do direito à saúde na conjuntura de emergência sanitária experimentada em razão da pandemia, bem como se as atuações - ou ausência de atuações - ensejam responsabilização estatal.

Palavras-chave: Direito fundamental à saúde. Responsabilidade do Estado. Omissão da Administração Pública.

Abstract

The health emergency resulting from Covid-19 has profoundly altered social structures in several sectors, but public health certainly represents one of the most affected spheres. The public health system, also supported by the private sector, has been bearing an excessive demand overload, the consummation of which triggers doubts about the diligence of state action considering the effects of the pandemic. The concretion of the right to health depends, in periods of normality, on positive

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas, Especialidade de Direitos Fundamentais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Advogada.

² Mestranda em Direito e Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Bioética pela Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Médico pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci - UNIASSELVI. Advogada.

behaviors practiced by the State in order to make it effective. This task remains even more evident in a context of health crisis. It is intended, therefore, to analyze whether there was a state omission in the implementation of the right to health in the conjuncture of health emergency experienced due to the pandemic, as well as whether the actions - or absence of actions - enable state accountability.

Keywords: Fundamental right to health. State accountability. Omission by the Public Administration.

Introdução

A saúde, bem jurídico essencial à existência digna, constitui direito fundamental pendente de prestações materiais positivas para o seu devido preenchimento prático. Isso significa que as normas referentes ao direito à saúde somente se tornam factíveis se houver empreendimento de ações estatais para tanto, por meio de políticas públicas.

Em períodos de normalidade, a efetivação do direito à saúde encontra entraves diversos, entre eles a reserva do possível, cujo conteúdo expressa a finitude dos recursos públicos como fundamentação para o incumprimento de serviços de saúde. Já em circunstâncias de emergência sanitária, como a vivenciada em decorrência da pandemia, outros obstáculos se fazem presentes, como a sobrecarga do sistema de saúde.

Nessa perspectiva, será analisada a posição do direito à saúde especialmente considerando o contexto de crise sanitária atualmente experimentado e as eventuais adversidades impostas ao Poder Público na garantia dos meios e instrumentos necessários à adequada assistência de saúde para a população.

1. Direito Fundamental à Saúde

O reconhecimento dos direitos fundamentais decorre meramente da humanidade³ inerente a cada indivíduo, o que sustenta a sua titularidade universal⁴, não havendo qualquer distinção entre os destinatários das normas de proteção referentes aos bens jurídicos de maior essencialidade à dignidade humana. Embora os direitos fundamentais sejam regularmente agrupados em dimensões, não

³ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 20.

⁴ ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, pp. 55-66.

somente para fins de classificação, mas também de alusão ao caráter gradual de seu estabelecimento nos ordenamentos jurídicos, o catálogo fundamental de direitos sustenta-se sobretudo nos pilares das atuações estatais necessárias para sua efetivação.

O preenchimento fático dos direitos fundamentais, isto é, a conversão das normas de proteção em prática, resta pendente de determinados comportamentos estatais. Enquanto parcela dos direitos é marcada pela omissão estatal para sua devida implementação, consideradas condutas negativas do Estado - como sucede no âmbito dos direitos individuais -; outra porção depende de atuações ativas do Poder Público para sua apropriada efetivação, definidas como ações positivas - como é o caso dos direitos sociais.

Filtrando-se a análise para os direitos sociais, extrai-se de sua essência a imposição ao Estado de uma obrigação de agir⁵ para viabilizar o seu pleno exercício. Confere-se ao Poder Público, portanto, a atribuição de fornecer mecanismos de concretização de justiça social⁶, de modo a demandar a execução de prestações materialmente indispensáveis para a efetivação de seu conteúdo. Constante do rol de direitos fundamentais de ordem social, a saúde desencadeia a exigência de condutas estatais comissivas com o intuito de atendimento da população.

Consignado no art. 6º da Constituição da República, referente aos direitos sociais, e no art. 196, a saúde constitui direito de todos e dever do Estado, de modo a ser garantida por meio de políticas públicas que assegurem a sua promoção e proteção em caráter igualitário e universal. Assim, o texto constitucional fixa as bases do amparo da saúde, estabelecendo, inclusive, a igualdade e a universalidade no âmbito dos serviços de saúde, o que significa que todos devem ser contemplados pelas correspondentes políticas públicas elaboradas e executadas pelo Estado.

A execução prática das prestações estatais positivas, por força do art. 198 da Constituição, sucede por meio do Sistema Único de Saúde, cuja estrutura foi idealizada para fornecer a prestação de serviços de saúde em maior proximidade com a população através dos braços regionais e locais do sistema de saúde pública. Os serviços públicos de saúde, nessa perspectiva, cravam suas bases na descentralização, no atendimento geral e na participação comunitária, de modo a

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 15.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MANINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019, p. 403.

serem desempenhados em âmbito federal, estadual e municipal.

Importante registrar que todos os entes da Federação são solidariamente responsáveis pela assistência de saúde para a população, não somente por força do §2º do art. 198 da Constituição da República, mas também pelo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁷. Assim, nas hipóteses em que se demanda em juízo aspectos referentes à saúde, a autoridade judicial é competente para definir sua efetivação a partir do caso concreto, em observância às regras de repartição de competência, de descentralização e de hierarquização.

Cabe ao Poder Público, dessa forma, conceder os meios e instrumentos indispensáveis à proteção e à promoção e do direito à saúde nos moldes previstos pelo texto constitucional. A saúde somente se converte em um direito plenamente exercível se verificada a adequada execução e o propício alcance das políticas públicas, o que significa que a omissão estatal não somente viola o texto constitucional, como também inviabiliza a concretização do direito fundamental à saúde.

Nessa perspectiva, o Poder Público deve atuar para garantir a devida execução das medidas materialmente necessárias para a viabilização do direito à saúde, tanto em termos de acesso, como quanto aos elementos associados à prevenção, ao atendimento e à recuperação de pacientes⁸.

⁷ Entendimento firmado no âmbito do RE 855.178 de relatoria do Ministro Luiz Fux (Tema nº 793: "Responsabilidade solidária dos entes federados pelo dever de prestar assistência à saúde") e reafirmada em sede de embargos de declaração (DJe: 23/05/2019). Cita-se a ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. DESENVOLVIMENTO DO PROCEDENTE. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DE SOLIDÁRIA NAS DEMANDAS PRESTACIONAIS NA ÁREA DA SAÚDE. DESPROVIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. 1. É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que o tratamento médico adequado aos necessitados se insere no rol dos deveres do Estado, porquanto responsabilidade solidária dos entes federados. O polo passivo pode ser composto por qualquer um deles, isoladamente, ou conjuntamente. 2. A fim de otimizar a compensação entre os entes federados, compete à autoridade judicial, diante dos critérios constitucionais de descentralização e hierarquização, direcionar, caso a caso, o cumprimento conforme as regras de repartição de competências e determinar o ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro. 3. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União. Precedente específico: RE 657.718, Rel. Min. Alexandre de Moraes. 4. Embargos de declaração desprovidos."

⁸ Cita-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello no âmbito do ARE 685.230 AgR, DJe: 05/03/2013: "O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e

A relevância da saúde, assim, eleva seu conteúdo ao caráter público, produzindo como repercussão direta a tarefa por parte do Estado de zelar por esse bem da coletividade⁹. Não obstante, o art. 199 da Constituição dispõe que é de livre iniciativa privada a assistência à saúde, de modo a abrir às entidades privadas a participação complementar nos serviços de saúde. Logo, aos privados é permitida a prestação de serviços de saúde como forma de somar esforços em sintonia com o Poder Público para assegurar a concreta realização do direito à saúde.

1.1. Reserva do Possível e Mínimo Existencial

As prestações estatais positivas no sentido de efetivar direitos fundamentais são realizadas mediante políticas públicas, cuja execução demanda dispêndio de recursos¹⁰ públicos de caráter material e humano. Entretanto, o volume de serviços referentes à saúde, bem como a limitação de recursos, demandam especial atenção do Estado nas realização de suas atividades para que se tenha um equilíbrio entre os instrumentos disponíveis e a qualidade da assistência prestada.

Nessa perspectiva, considerando o conjunto de demandas sociais pendentes de viabilização estatal, revela-se essencial a harmonia entre toda a multiplicidade de tarefas públicas, principalmente no que tange às políticas públicas, por meio de escolhas estratégicas que não embarquem a concretização de direitos, especialmente a saúde. O principal desafio, assim, é efetivar a conversão das normas referentes ao direito fundamental à saúde em prática, apesar dos obstáculos.

Nesse sentido, as políticas públicas estão sujeitas à disponibilidade de recursos financeiros pelo Estado, de modo a indicar o conteúdo referente à reserva do possível¹¹, que diz respeito à impossibilidade da plena concretização da pluralidade de direitos pendentes de prestações materiais positivas de maneira simultânea, especialmente considerando a escassez de verbas orçamentárias.

médico-hospitalar. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional."

⁹ ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde - Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 10.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas Públicas e Direito Administrativo*, Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 133, 1997, pp. 89-98.

¹¹ SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos*. *Revista Verba Juris*, a. 4, n. 4, 2005, p. 89.

Por outro lado, a incumbência do Poder Público está conectada à necessidade de preenchimento das bases mínimas para uma vida digna, revelada pelo fornecimento dos meios indispensáveis à proteção de bens jurídicos substanciais ao indivíduo. O mínimo existencial representa, assim, um princípio que garante aqueles bens jurídicos considerados basilares para a existência digna da pessoa, pendente de prestações ativas do Estado para a sua devida materialização.

Embora respaldado a partir do catálogo de direitos fundamentais, o mínimo existencial não se enquadra em tal conjunto de direitos¹². Ademais, a ausência de previsão constitucional expressa de um mínimo existencial não reduz a sua relevância, nem mesmo inviabiliza o seu reconhecimento, uma vez decorrente da dignidade humana e da proteção à vida¹³.

Assim, a reserva do possível não deve representar fundamentação suficientemente robusta para eliminar os instrumentos essenciais ao mínimo existencial e, conseqüentemente, à uma vida digna, na medida em que não se pode afastar a tarefa estatal de execução de medidas aptas a efetivar direitos fundamentais. Assim, a Administração Pública, como responsável pela elaboração e execução de políticas públicas, não pode se eximir de cumprir sua missão constitucional, independentemente de eventuais alegações de finitude de recursos. Deve, por outro lado, analisar as alternativas e tomar decisões administrativas fundadas na melhor escolha, especialmente quanto à alocação de recursos, com a finalidade de implementação do direito à saúde.

2. Responsabilidade Civil: breves apontamentos

A noção de responsabilidade está umbilicalmente ligada à própria etimologia, oriunda do latim *respondere*, traduzida na ideia de "responder a alguma coisa"¹⁴, ou seja, na necessária responsabilização das pessoas pela prática de seus atos danosos.

Trata-se de uma obrigação derivada, baseada no princípio *neminem laedere*,

¹² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed, Malheiros, 2011, p. 67.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle de políticas públicas com base nos direitos sociais, Revista de Investigações Constitucionais, Vol. 3, n. 2, maio/ago., Curitiba, 2016, pp. 115-141.

¹⁴ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil, 7 ed., São Paulo: RT Editora, 2007, p. 114.

limite objetivo da liberdade individual em uma sociedade civilizada¹⁵ e indissociável da natureza humana¹⁶, bem como no princípio de ressarcimento dos danos¹⁷, correspondendo à obrigação de indenizar que surge de um conjunto de atos que causem danos à outrem¹⁸.

O instituto da responsabilidade civil admite uma dupla faceta de classificações: poderá ser contratual ou extracontratual, a depender da existência de uma relação intersubjetiva prévia entre as partes e dos direitos afetados; e subjetiva ou objetiva, a depender da necessidade de verificação de culpa do agente.

A obrigação extracontratual decorre da inobservância dos deveres genéricos a todos impostos e como consequência da violação de direitos absolutos assegurados aos indivíduos, ainda que inexistam qualquer relação prévia intersubjetiva entre os sujeitos¹⁹. Em sentido contraposto, a obrigação contratual ou obrigacional decorre da violação ou incumprimento das obrigações específicas previamente assumidas pelas partes.

A diferença basilar entre a responsabilidade civil objetiva e a subjetiva reside na imprescindibilidade de comprovação de culpa *lato sensu* na prática das condutas. A subjetiva pressupõe a existência de uma conduta culposa²⁰ para a sua verificação, enquanto a objetiva somente é admitida em situações excepcionais²¹ e independe da existência de culpa do agente. Assim, quando presentes os demais requisitos legais e ausentes as causas excludentes de responsabilidade²², estaremos diante da necessária reparação do dano causado à vítima.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 854.

¹⁶ STOCO, Rui. Tratado... cit., p. 114.

¹⁷ O princípio do ressarcimento dos danos, segundo Luís Manuel Teles de Menezes Leitão (*Direito das Obrigações*, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações, 15ª ed., 3v., Coimbra: Almedina, 2018, p. 49) implica na “transferência do dano do lesado para outrem” e “opera-se mediante a constituição de uma obrigação de indemnização, através da qual se deve reconstituir a situação que existiria se não tivesse ocorrido o evento lesivo”.

¹⁸ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direitos das...* cit., p. 279.

¹⁹ MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. *Direito das...* cit., pp. 281-282; GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 864; NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, vol. 7: responsabilidade civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 47-48; FIUZA, César, *Direito Civil: curso completo*, 2ª ed. em ebook baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo: RT, 2016, p. 213.

²⁰ MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2017, p. 71.

²¹ Casos especificados em lei e atividades de risco, consideradas aquelas que, por sua própria natureza, implicarem risco para os direitos de outrem.

²² As causas excludentes de responsabilidade civil são aquelas capazes de romper o nexo causal, impedindo, consequentemente, a satisfação da pretensão indenizatória. Admite-se a existência de seis principais causas excludentes de responsabilidade: estado de necessidade (art. 188, II, CC);

Os pressupostos da responsabilidade civil decorrem da inteligência dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil. São eles: conduta²³ comissiva ou omissiva; ilicitude da conduta²⁴; dano²⁵; nexo de causalidade²⁶; e culpa *lato sensu*²⁷, dispensada nos casos de responsabilidade objetiva.

2.1 Responsabilidade Civil do Estado

A responsabilidade do Estado, ao revés da responsabilidade dos cidadãos, nem sempre foi admitida pelos ordenamentos jurídicos. Inúmeras teorias foram elaboradas ao longo da história, partindo da teoria da irresponsabilidade do Estado, perpassando pela teoria da responsabilidade subjetiva, até se alcançar à teoria da responsabilidade objetiva.

A teoria da irresponsabilidade do Estado, largamente admitida na época dos Estados absolutos, pautava-se fundamentalmente na ideia de soberania estatal²⁸ (*the king can do no wrong* e *quod principi placuit habet legis vigorem*); justificada na imposição a todos sem compensação²⁹ já que, por exercer a tutela do direito, não poderia o Estado agir contra ele. Responsabilizar o Estado implicaria, portanto, no desrespeito à incontestável autoridade do soberano diante de seus súditos.

A aplicação da teoria da irresponsabilidade sucumbiu no século XIX, dando

legítima defesa (art. 188, I, CC); exercício regular de direito e estrito cumprimento do dever legal (art. 188, I, segunda parte, CC); caso fortuito e força maior (art. 393, CC); culpa exclusiva da vítima; e fato de terceiro, embora este último encontre alguma resistência na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

²³ Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Manual de Direito Civil: volume único*, São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 874) a voluntariedade se reveste no núcleo fundamental da conduta. No mesmo sentido: TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 339.

²⁴ A ilicitude poderá decorrer de uma violação das obrigações contratuais ou extracontratuais.

²⁵ Consubstancia-se no prejuízo resultante da conduta do agente, na violação de um interesse, supressão de um bem ou não aquisição de um direito juridicamente protegido da vítima, independentemente de sua natureza (patrimonial ou extrapatrimonial).

²⁶ O nexo de causalidade nada mais é que a correspondência lógica entre a conduta e o dano verificado, observada a teoria da causalidade adequada, adotada pela legislação pátria.

²⁷ A culpa *lato sensu* engloba tanto o dolo quanto a culpa *strictu sensu* (imprudência, negligência e imperícia). Segundo Sérgio Cavalieri Filho (*Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 39) a culpa *strictu sensu* pode ser sintetizada "como conduta voluntária, contrária ao dever de cuidado imposto pelo Direito, com a produção de um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível".

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1456.

²⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p. 1017.

espaço à teoria da responsabilidade subjetiva do Estado, pautada na culpa dos agentes. Em um primeiro momento, distinguiram-se os atos de império dos atos de gestão³⁰, vez que somente os segundos eram passíveis de responsabilização. Passo seguinte, admitiu-se a responsabilidade do Estado pelos atos danosos praticados, tanto por ação quanto por omissão, desde que efetivamente comprovada a culpa dos agentes.

Por fim, buscando a ampliação da proteção dos administrados, desenvolveu-se, a partir da jurisprudência francesa³¹, a teoria da responsabilidade objetiva, para a qual basta a existência do nexo de causalidade entre o dano e a conduta omissiva ou comissiva estatal. Essa teoria desdobrou-se na teoria da culpa do serviço e na teoria do risco (administrativo e integral), que parte do pressuposto que o risco de dano é inerente à própria atividade estatal³².

No Brasil adotou-se como regra, por decorrência da literalidade do §6º do art. 37 da CRFB, a teoria da responsabilidade objetiva do Estado fundada no risco administrativo. Embora não exista qualquer embargo à aplicação da responsabilidade objetiva aos atos comissivos do Estado, parte da doutrina³³ defende a impossibilidade de aplicação desta modalidade de responsabilidade diante de atos omissivos do Estado. Uma segunda corrente³⁴ defende a aplicação da responsabilidade objetiva quando se estiver diante de conduta omissiva específica, aplicando-se a responsabilidade subjetiva exclusivamente quando diante de uma omissão genérica.

A jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal³⁵ adota a segunda corrente, admitindo a possibilidade de aplicação da responsabilidade objetiva nos casos em que configurado o nexo causal entre o dano sofrido pelo administrado e a

³⁰ Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito... cit., p. 1457) aponta que "os primeiros seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes; os segundos seriam praticados pela Administração em situações de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não difere a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum".

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito... cit., p. 1458; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso... cit., p. 1022.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito... cit., p. 1460.

³³ Neste sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Curso... cit., p. 1029.

³⁴ Neste sentido: CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado, In Revista da EMERJ, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011, pp. 10-20.

³⁵ STF, RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016, Repercussão geral.

omissão do Poder Público em impedir a sua ocorrência, quando tinha a obrigação específica de fazê-lo. Entretanto, nos casos em que há dever genérico de agir, a Corte aplica a responsabilidade subjetiva diante da inércia estatal.

2.2 Causas excludentes de Responsabilidade do Estado: é possível o enquadramento da situação de emergência desencadeada pela pandemia como força maior?

A responsabilidade civil do Estado pressupõe a existência de uma ação ou omissão (genérica ou específica) e de um dano, sendo justificada diante da comprovação do nexo de causalidade entre ambas. A culpa, portanto, não se reveste como elemento essencial à responsabilidade civil do Estado, devendo ser apurada exclusivamente nos casos de omissão genérica.

Figurando o nexo de causalidade como fundamento central da responsabilização estatal, somente as causas capazes de rompê-lo serão hábeis a excluir o dever de indenizar do Estado. Dentre as causas passíveis de rompimento do nexo de causalidade na responsabilidade civil do Estado³⁶, encontram-se a força maior, a culpa exclusiva da vítima e a culpa de terceiros.

A força maior³⁷, única tratada diante da pertinência com o tema abordado, consiste em um acontecimento imprevisível, inevitável e alheio à vontade das partes³⁸. Desta forma, ao menos quantos aos comportamentos ativos, não sendo imputável à Administração, não haveria nexo de causalidade entre o dano e o comportamento e, conseqüentemente, não haveria responsabilidade civil do Estado.

É necessário, contudo, apontar que a responsabilidade do Estado subsistirá, ainda que presente força maior, quando ocorrer a omissão do Poder Público na

³⁶ A Medida Provisória nº. 966, cuja vigência está encerrada, previa a responsabilização dos agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19 exclusivamente nos casos de dolo ou erro grosseiro, e determinava que "o mero de nexo de causalidade entre a conduta e o resultado danoso não implica responsabilização do agente público". A MP foi objeto das ADIs 6421, 6422, 6425, 6427, 6428 e 6431, em que deferida cautelar parcial a fim de dar interpretação conforme à Constituição para dois dos dispositivos questionados.

³⁷ Diante da condensação, pelo Código Civil, do significado das expressões caso fortuito e força maior em conceito único, adotamos ambos como sinônimos diante da ausência de utilidade prática de sua diferenciação. Nesse sentido: VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 312.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, Direito... cit., p. 1469.

realização de um serviço ou no seu mal funcionamento (*faute du servisse*)³⁹.

Feitas as considerações iniciais, resta analisar se o estado de emergência decorrente da pandemia pode ser considerado força maior e, em caso positivo, se houve omissão do Estado na prestação de serviço público capaz de ensejar a responsabilização.

A Organização Mundial da Saúde emitiu o primeiro alerta para a doença coronavírus em 31 de dezembro de 2019, após as autoridades chinesas notificarem casos suspeitos de pneumonia na cidade de Wuhan. Em janeiro de 2020, diante do alastramento dos casos da doença do continente Asiático para o Europeu, a OMS declarou que o surto da doença constituía uma Emergência de Saúde Pública Internacional e, em meados de março, a caracterizou como pandemia, em virtude de sua alta incidência em todos os continentes⁴⁰.

No Brasil, especificadamente, o primeiro caso da doença foi confirmado na cidade de São Paulo em 26 de fevereiro de 2020⁴¹, ou seja, passados dois meses do primeiro alerta emitido pela OMS. A doença disseminou rapidamente pelos Estados, como previsto e alertado pelos organismos internacionais, chegando à marca dos 4.657.702 casos confirmados e 139.808 óbitos após sete meses⁴² do primeiro caso.

A transmissão simultânea das informações acerca do alto índice de contágio da doença, acarretando no colapso do sistema público de saúde de países europeus, a nosso ver, seria suficiente, por si só, para afastar o seu enquadramento como força maior e, conseqüentemente, a possibilidade de exclusão da responsabilidade do Estado, considerando a ausência de imprevisibilidade.

Para além disso, os organismos internacionais de saúde alertaram exaustivamente acerca da necessidade de adoção de medidas de prevenção e de

³⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Direito... cit., p. 1470) apresenta o seguinte exemplo elucidativo: "quando as chuvas provocam enchentes na cidade, inundando casas e destruindo objetos, o Estado responderá se ficar demonstrado que a realização de determinados serviços de limpeza dos rios ou dos bueiros e galerias de águas pluviais teria sido suficiente para impedir a enchente".

⁴⁰ Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS Brasil, 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/covid19#:~:text=Em%2011%20de%20mar%C3%A7o%20de,24%20de%20setembro%20de%202020>>. Acesso em 24 de set. 2020.

⁴¹ Brasil confirma primeiro caso da doença. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/saude-e-vigilancia-sanitaria/2020/02/brasil-confirma-primeiro-caso-do-novo-coronavirus>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

⁴² Painei Coronavírus. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

combate precoce à disseminação da doença, divulgando todas as informações e estudos até então realizados.

Ainda que não considerada a intransponível previsibilidade e, até mesmo, a inevitabilidade da magnitude com que a doença atingiria o país, subsistiria a responsabilização do Estado por omissão diante do colapso do SUS, com falta de leitos, materiais, medicamentos e maquinários indispensáveis à manutenção dos pacientes nas unidades de terapia intensiva dos hospitais públicos.

Inúmeros são os casos encontrados na jurisprudência que, ordinariamente, tratam da omissão estatal quanto aos serviços públicos de saúde. Não raros são os casos de pacientes que, diante da ausência de disponibilidade na rede pública de saúde precisam ser encaminhados à rede privada para a satisfação do direito fundamental à saúde.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que incumbe ao Estado, por decorrência do art. 196 da Constituição Federal, fornecer gratuitamente a internação em leitos e UTI conforme orientação médica, devendo arcar com os custos da internação em hospital privado quando inexistir vaga disponível em rede pública⁴³.

O Superior Tribunal de Justiça, a par da jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal⁴⁴, refuta, expressamente, o princípio da reserva do possível e a limitação orçamentária como óbices à efetiva concretização do direito fundamental à saúde, considerando que estão intrinsecamente ligados à dignidade humana, não podendo ser limitados em razão de escassez decorrente das más escolhas do

⁴³ STJ, REsp 1803426/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 30/05/2019. Em sentido similar, são os arestos dos Tribunais de Justiça: TJSC, Apelação Cível n. 0000258-23.2013.8.24.0030, de Imbituba, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 02-06-2020; TJSC, Apelação n. 0301213-78.2018.8.24.0038, de TJSC, rel. ODSO CARDOSO FILHO, 4ª Câmara de Direito Público, j. 23-07-2020; TJDF, Acórdão 1218092, 0730222620198070016, Relator: CARLOS ALBERTO MARTINS FILHO, Terceira Turma Recursal, data de julgamento: 26/11/2019, publicado no PJe: 28/11/2019; TJDF, Acórdão 1250976, 00327897020168070018, Relator: ARNALDO CORRÊA SILVA, Segunda Turma Recursal, data de julgamento: 22/5/2020, publicado no PJe: 29/5/2020.

⁴⁴ STF, ARE 727864 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 04/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-223 DIVULG 12-11-2014 PUBLIC 13-11-2014; STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125; STF, RE 581352 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 21-11-2013 PUBLIC 22-11-2013.

administrador⁴⁵.

Conclusões Sintéticas

O direito à saúde resta pendente de prestações estatais ativas para assegurar o seu pleno exercício, vinculando o Estado ao fornecimento de meios e instrumentos indispensáveis à sua devida concretização. Ademais, revela-se necessária a implementação de providências públicas no sentido de viabilizar patamares basilares para uma vida digna, representados pelo mínimo existencial, cujo conteúdo decorre essencialmente da proteção à vida e da dignidade humana.

Nesse sentido, eventuais entraves à efetivação de direitos fundamentais, em geral, e do direito à saúde, de maneira específica, ensejam responsabilização do Estado. Ainda que a Constituição da República adote a regra da responsabilidade objetiva, construções doutrinárias e jurisprudenciais fixam a responsabilidade

⁴⁵ ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. DIREITO SUBJETIVO. PRIORIDADE. CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ESCASSEZ DE RECURSOS. DECISÃO POLÍTICA. RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. A vida, saúde e integridade físico-psíquica das pessoas é valor ético-jurídico supremo no ordenamento brasileiro, que sobressai em relação a todos os outros, tanto na ordem econômica, como na política e social. 2. O direito à saúde, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 e em legislação especial, é garantia subjetiva do cidadão, exigível de imediato, em oposição a omissões do Poder Público. O legislador ordinário, ao disciplinar a matéria, impõe obrigações positivas ao Estado, de maneira que está compelido a cumprir o dever legal. 3. A falta de vagas em Unidades de Tratamento Intensivo - UTIs no único hospital local viola o direito à saúde e afeta o mínimo existencial de toda a população local, tratando-se, pois, de direito difuso a ser protegido. 4. Em regra geral, descabe ao Judiciário imiscuir-se na formulação ou execução de programas sociais ou econômicos. Entretanto, como tudo no Estado de Direito, as políticas públicas se submetem a controle de constitucionalidade e legalidade, mormente quando o que se tem não é exatamente o exercício de uma política pública qualquer, mas a sua completa ausência ou cumprimento meramente perfunctório ou insuficiente. 5. A reserva do possível não configura carta de alforria para o administrador incompetente, relapso ou insensível à degradação da dignidade da pessoa humana, já que é impensável que possa legitimar ou justificar a omissão estatal capaz de matar o cidadão de fome ou por negação de apoio médico-hospitalar. A escusa da 'limitação de recursos orçamentários' frequentemente não passa de biombo para esconder a opção do administrador pelas suas prioridades particulares em vez daquelas estatuídas na Constituição e nas leis, sobrepondo o interesse pessoal às necessidades mais urgentes da coletividade. O absurdo e a aberração orçamentários, por ultrapassarem e vilipendiarem os limites do razoável, as fronteiras do bom-senso e até políticas públicas legisladas, são plenamente sindicáveis pelo Judiciário, não compondo, em absoluto, a esfera da discricionariedade do Administrador, nem indicando rompimento do princípio da separação dos Poderes. 6. 'A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador' (REsp. 1.185.474/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 29.4.2010). 7. Recurso Especial provido." (REsp 1068731/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17.2.11).

objetiva por omissão do Estado nas hipóteses de omissão específica e a responsabilidade subjetiva nas circunstâncias de omissão genérica.

Muito embora a força maior constitua causa excludente de responsabilidade estatal, quando se está diante de omissão do Estado, especialmente nos cenários em que a prestação positiva revela-se suficiente para evitar o resultado danoso, subsiste a responsabilidade e o derivado dever de indenização pelos danos causados. Assim, no contexto da emergência sanitária em que o Estado brasileiro tinha conhecimento da magnitude dos efeitos do vírus a partir das experiências de outros países nos quais a crise já estava em pleno avanço, não seria possível arguir a consumação de força maior para remover a responsabilização estatal.

Logo, desvelam-se incabíveis à circunstância de emergência sanitária duas alegações empregadas com o intuito de afastar a responsabilidade da Administração Pública: a reserva do possível e a força maior. O contexto de crise sanitária, na realidade, demanda do Estado, por meio de ações executadas pela Administração, medidas dinâmicas, diligentes e expressivas com o intuito de assegurar a efetivação do direito à saúde.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, pp. 55-66.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed, Malheiros, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Brasil confirma primeiro caso da doença. Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <<http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46435-brasil-confirma-primeiro-caso-de-novo-coronavirus>> . Acesso em: 24 de set. de 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas Públicas e Direito Administrativo, Revista de Informação Legislativa, a. 34, n. 133, 1997, pp. 89-98.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado, In Revista da EMERJ, v. 14, n. 55, jul.-set. 2011, pp. 10-20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 32 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ESTORNINHO, Maria João; MACIEIRINHA, Tiago. *Direito da Saúde - Lições*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014.

FIUZA, César, *Direito Civil: curso completo*, 2ª ed. em ebook baseada na 18ª ed. impressa, São Paulo: RT, 2016.

Folha informativa – COVID-19 (doença causada pelo novo coronavírus). OPAS Brasil, 2020. Disponível em: <http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6101:covi d19&Itemid=875>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil: volume único*. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Lisboa: AAFDL Editora, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 29 ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, *Direito das Obrigações*, Vol. I – Introdução da constituição das obrigações, 15ª ed., 3v., Coimbra: Almedina, 2018.

NADER, Paulo, *Curso de Direito Civil, vol. 7: responsabilidade civil*, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Painel Coronavírus. Coronavírus Brasil, 2020. Disponível em: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acesso em: 24 de set. de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MANINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, 8ª ed., Saraiva, São Paulo, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle de políticas públicas com base nos direitos sociais, *Revista de Investigações Constitucionais*, Vol. 3, n. 2, maio/ago., Curitiba, 2016, pp. 115-141.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos. *Revista Verba Juris*, a. 4, n. 4, 2005, p. 89.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*, 7 ed., São Paulo: RT Editora, 2007.

STF, RE 841526, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 30/03/2016.

STF, RE 855.178, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 23/05/2019.

STF, ARE 727864 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014.

STF, ARE 685.230 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 05/03/2013.

STF, ARE 639337 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011.

STF, RE 581352 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 29/10/2013.

STJ, REsp 1068731/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 17/2/11.

STJ, REsp 1803426/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TJDF, Acórdão 1218092, 07302222620198070016, Rel. Carlos Alberto Martins Filho, Terceira Turma Recursal, j. 26/11/2019.

TJDF, Acórdão 1250976, 00327897020168070018, Rel. Arnaldo Corrêa Silva, Segunda Turma Recursal, j. 22/5/2020.

TJSC, Apelação Cível n. 0000258-23.2013.8.24.0030, rel. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 02/06/2020.

TJSC, Apelação n. 0301213-78.2018.8.24.0038, Rel. Odson Cardoso Filho, 4ª Câmara de Direito Público, j. 23/07/2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2017

53. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E INTERVENÇÕES ESTATAIS NA LIBERDADE ECONÔMICA EM RAZÃO DA PANDEMIA DO COVID-19

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND STATE INTERVENTIONS IN ECONOMIC FREEDOM UNDER COVID-19 PANDEMIC



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-53>

Fernanda Carvalho Marques¹

Dirceu Pereira Siqueira²

RESUMO

A pesquisa consiste em analisar o direito à saúde como fundamento de restrição a liberdade econômica, com a intervenção do Estado para o funcionamento e o fechamento do comércio em razão da pandemia da Covid-19. O assunto é atual e relevante na área jurídica e social, visto que o direito à saúde é um direito fundamental e um instrumento de proteção aos direitos da personalidade. Os direitos fundamentais, quando vinculados aos direitos da personalidade, merecem ser resguardado por políticas públicas de promoção humana. O contexto do trabalho discute a proteção ao direito fundamental à saúde e o direito à liberdade econômica, na realidade da pandemia da Covid-19, tendo em vista a intervenção estatal no funcionamento do comércio. Neste debate, questiona-se se o direito à saúde é justificativa para os atos da autoridade pública de fecharem o comércio. Para tanto, como método utilizou-se a revisão bibliográfica e documental. Constatou-se que o direito à saúde tem ligação direta com o direito à vida e a dignidade humana e que em momentos excepcionais, como da pandemia da Covid-19, ele deverá prevalecer, no caso, quanto à livre iniciativa econômica.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos da personalidade; Direitos fundamentais; Política pública.

ABSTRACT

The research consists of analyzing the right to health as a basis for restricting economic freedom, with State intervention for the functioning and closing of trade due to the Covid-19 pandemic. The subject is current and relevant in the legal and

¹ Mestranda em Ciências Jurídicas (UNICESUMAR); Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário (IDCC & UENP); Especialista em Direito Civil, Processual Civil e Direito do Trabalho (UNICESUMAR); E-mail: fer_krvalho@hotmail.com.

² Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e Mestre em Direito Constitucional, pela Instituição Toledo de Ensino (ITE/Bauru). Coordenador e Docente Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas (UNICESUMAR). E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

social area, since the right to health is a fundamental right and an instrument for the protection of personality rights. Fundamental rights, when linked to personality rights, deserve to be protected by public policies for human promotion. The work context discusses the protection of the fundamental right to health and the right to economic freedom, in the reality of the Covid-19 pandemic, with a view to state intervention in the functioning of trade. In this debate, he questions whether the right to health is a justification for the acts of public authority to close trade. For that, the bibliographic and documentary review was used as a method. It was found that the right to health is directly linked to the right to life and human dignity and that in exceptional moments, such as the Covid-19 pandemic, it should prevail, in this case, as to free economic initiative.

KEYWORDS: Personality rights; fundamental rights; Public policy.

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19 exigiu do Estado uma atuação efetiva de emergência sanitária para proteção da vida e da integridade de seus indivíduos. É um tema tão atual que as medidas adotadas ainda estão vigentes e muito tem a ser discutido não somente na área do Direito, mas em diversos ramos do conhecimento, ela afetou diretamente a vida da população em escala mundial.

No cenário de importância nacional decorrente da pandemia do Covid-19, foi publicada a Lei n. 13.979/2020, que dispõe os atos de emergência sanitária para enfrentamento. Em situação de organização de prevenção e precaução a questão atingiu o âmbito federal, estadual e municipal.

Justifica-se a escolha do tema não somente pela atualidade, mas pela relevância quanto aos direitos fundamentais e que muito tem se discutido quanto às medidas adotadas por alguns municípios de fecharem o comércio em proteção à saúde de sua população.

Nesse contexto, o objetivo da pesquisa consiste em analisar o direito à saúde como fundamento de restrição a liberdade econômica, com a intervenção do Estado para o funcionamento e o fechamento do comércio em razão da pandemia da Covid-19, como mecanismo de proteção aos direitos da personalidade, como direito à vida e a integridade da pessoa humana.

O direito à saúde é visto pela nossa Constituição Federal como um direito social, fundamental e um instrumento aos direitos da personalidade. Desta maneira,

os direitos fundamentais, quando vinculados aos direitos da personalidade, merecem ser resguardado por políticas públicas de promoção humana, o que significa dizer que o Estado em conflitos de direitos fundamentais, deve resguardar a dignidade do indivíduo.

O trabalho discute a proteção ao direito à saúde, na realidade da pandemia da Covid-19 e o direito à liberdade econômica, questiona se aquele direito é justificativa para os decretos e as medidas extremas de fecharem o comércio, de um lado o direito à vida e a integridade da pessoa humana e de outro a livre iniciativa. Nesse momento de excepcionalidade, mesmo que ambos tenham o núcleo da dignidade humana, é necessário aplicar a ponderação quanto aos bens jurídicos tutelados.

Trata-se de uma doença que não tem remédio, vacina eficiente, levando muitas mortes no mundo, enquanto não desenvolverem a vacina, questões de isolamento social continuarão sendo aplicadas. A discussão traz duas dimensões polêmica: a dimensão sanitária (saúde) e a dimensão econômica, dentro de uma temática de uma sociedade capitalista.

Nesse seguimento, a hipótese da pesquisa se respalda no direito à saúde como fundamento dos atos da administração pública quanto à livre iniciativa e o funcionamento do comércio, por ele preservar o direito à vida, que é o fundamento maior dos direitos. Entretanto, o direito à liberdade econômica não pode ser totalmente desconstituído, ele merece respaldo dentro das políticas adotadas pela administração pública que devem buscar um equilíbrio e propor medidas alternativas e eficazes.

Com isso, conforme exposto, o objetivo do trabalho é analisar o direito à saúde como fundamento para o fechamento do comércio em tempos de Covid-19 e a liberdade econômica, visto que a saúde é um direito fundamental e instrumento de proteção aos direitos da personalidade e que merece proteção, pois visa proteger o bem maior do Ordenamento que é o direito à vida.

Para que o referencial teórico transcorresse de forma positiva, optou-se nesse processo de pesquisa, com base no método dedutivo e hipotético-dedutivo, pela fundamentação de um estudo qualitativo, através de uma técnica por coleta de dados bibliográficos, doutrinários e em leis gerais e específicas da temática proposta, com base nos princípios constitucionais, dentro da temática – direitos da

personalidade – direitos fundamentais – direitos sociais – direito à saúde – liberdade econômica – políticas públicas – Covid-19 – administração pública. Para tanto, em análise foi realizada pesquisa dentro da legislação, como a Constituição Federal e legislação atual referente ao tema.

A construção da pesquisa exigiu consulta ao acervo da biblioteca do Centro Universitário Cesumar – Unicesumar, a ferramenta de pesquisa do Google: Google Acadêmico, base de dados SSRN, bem como a revisão da literatura em revista nacional.

2 O DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA PROTEÇÃO DA VIDA E INTEGRIDADE DA PESSOA HUMANA

Apesar dos direitos se apresentarem de forma categorizada como, “direitos da personalidade”, “direitos fundamentais” e “direitos sociais”, é necessário entender que todos compreendem um complexo de direitos que tutelam a pessoa humana, por isso, todos eles estão diretamente ligados.

A atual Constituição brasileira estrutura os direitos fundamentais em todo seu texto, especialmente os direitos individuais e coletivos, expressos no art. 5º e os direitos sociais, localizados no art. 6º. Veja-se que a Carta Constitucional de 1988 acolheu o Estado Social Democrático de Direito, que nas lições de Alexandre de Moraes representa que o Estado deve respeitar e garantir os direitos fundamentais previstos na Constituição³.

Com isso, o Estado é quem deve tornar os direitos fundamentais eficazes, visto que eles são direitos com aplicabilidade direta, conforme art. 5º, §1º, CF/88, a lei não é somente um comando abstrato, exigindo uma atuação positiva do Estado⁴. Nesses casos, a norma constitucional é imperativa, o que faz com que os direitos fundamentais não sejam meras promessas, mas sim o ideal de satisfação do

³ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 06.

⁴ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugnoda. A ausência de discricionariedade na prestação dos direitos fundamentais. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/26/pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

interesse público⁵.

Desta forma, o Ordenamento Jurídico dentro de sua ordem fundamental e social, contemplando os direitos sociais, tem como objetivo o bem estar e a justiça social (art. 193, CF/88). O direito à saúde é propriamente um direito social, visto que ele condiciona o desenvolvimento de um povo, é um requisito mínimo pelo qual o Estado deve se preocupar⁶.

A nossa Constituição Federal preconizou em seu artigo 196, que "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 saúde como dever do Estado é responsabilidade da administração pública protegê-la e promover políticas para redução ou agravamento de doenças. Cleber Otero dispõe que:

Sem a devida proteção à saúde por parte do Direito e dos responsáveis pela sua concretização, não há que se falar em dignidade ou na existência de uma vida digna. Sem dúvida, a saúde é um bem material e imaterial para o qual o Estado e a sociedade não podem deixar de oferecer proteção, sob pena de séria afronta à dignidade da pessoa humana⁷.

Os direitos sociais são conhecidos como "direitos-meios", são os direitos de segunda dimensão, e possuem a principal função de assegurar o exercício dos direitos individuais de primeira geração⁸, que são os direitos da personalidade. O

⁵ FIGUEIREDO, Jéssica Antunes; JÚNIOR LINS, George Sarmiento. "O direito fundamental à educação e sua efetividade no Brasil: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda e da Constituição Brasileira de 1988". Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/343/pdf_1>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁶ SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 193.

⁷OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. "Em conformidade com o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Brasileira de 1988, é possível exigir do Estado a prestação de fosfoetanolamina sintética para pessoa com câncer?" Revista Jurídica Cesumar – Unicesumar, Maringá – PR, v. 16, n.3, p. 847-876. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5380/2890>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁸BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito. São Paulo: Saraiva. 2006.

direito à saúde protege o direito à vida e o direito a integridade da pessoa humana, para Alexandre de Moraes os direitos fundamentais visam “consagrar o respeito à dignidade humana, garantir a limitação do poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana⁹”.

Assim, existe uma dependência entre os direitos fundamentais, sociais e direitos da personalidade, o direito à saúde é um direito fundamental e social, e pela sua essencialidade um mecanismo de efetivação aos direitos da personalidade.

Elimar Szaniawski aduz que “a personalidade é o primeiro bem que a pessoa humana adquire, e por meio desta que o ser humanos pode obter os demais”. Acerca destes bens, seleciona como mais importantes: “a vida, a liberdade e a honra¹⁰”.

Os direitos da personalidade são aqueles inerentes à própria condição humana e que também integram a condição da dignidade da pessoa humana. Esses direitos estão elencados no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal, os conhecidos direitos individuais de primeira geração, bem como nos artigos 11 a 20, do Código Civil, em suas características originais e principiológicas como dispõe o art. 11, do Código Civil, são direitos “inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*¹¹”.

Pode-se definir que os direitos da personalidade são dotados de características fundamentais que não podem ser afastadas “sob pena de vilipêndio da sua própria condição ou configuração como pessoa. Em suma, são direitos que amparam a existência, integridade e dignidade, assimilando a própria essencialidade do ser¹²”.

Nas lições de Adriano de Cupis os direitos da personalidade são os “direitos essenciais”, visto que tais direitos são tão importantes que sem eles o indivíduo não

⁹ MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2.

¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. Ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70.

¹¹ BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 43.

¹² SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROCHA, Maria Luiza de Souza; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. “Atividades notariais e registrares, judicialização e acesso à justiça: o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade”. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 18, n. 1, p. 305-355, jan./abril 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5701/3193>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

existe como tal¹³, o que acontece com o direito à vida e a integridade, sem eles a pessoas não existe.

Deste feito, observa-se que a proteção aos direitos da personalidade não se esgota nos artigos 11 a 21, do Código Civil, mas sim a toda uma leitura constitucional que os atribuí uma natureza de direitos fundamentais, de modo que o desenvolvimento da personalidade e do indivíduo em si depende do efetivo respeito aos direitos fundamentais¹⁴.

Em práxis constitucional a dignidade da pessoa humana é um princípio que serve de fundamento a diversos direitos consagrados pela Constituição, é instrumento de limite na aplicação dos direitos e a discricionariedade do legislador, é fundamento de interpretação a resolução de conflitos, podendo ser invocado no caso concreto na solução de direitos fundamentais materiais¹⁵.

A dignidade humana como princípio fundante da Ordem Jurídica brasileira, irradia-se para todo o sistema de proteção jurídica, o que se estabelece um evidente vínculo entre a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade¹⁶.

O conceito de dignidade descrito por Kant, esta intimamente ligada à autonomia do indivíduo, cada pessoa existe como um fim em si mesmo, em síntese, o indivíduo não pode ser valorizado como um objeto¹⁷. A negativa ou insuficiência proteção aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais atinge

¹³ DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008, p. 24.

¹⁴ JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. "A repersonalização do direito civil a partir do princípio da fraternidade: um novo enfoque para tutela da personalidade na contemporaneidade". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 18, n. 2, p. 481-502, maio/ago. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6267/3254>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁵ SANTOS, Catarina Botelho. "A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?" Revista da Universidade Portucalense, 21, 2017, p. 256-282. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057287>. Acesso em 20 jul. 2020.

¹⁶ OTERO, Cleber Sanfelici; HILLE, Marcelo Luiz. "A dignidade da pessoa humana em face da escassez de recursos do Estado". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 13, n. 2, p. 485-511, jul/dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3098/2136>>. Acesso em: 06 jul. 2020.

¹⁷ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições, 2007, p. 70.

diretamente o primado da dignidade da pessoa humana¹⁸.

Portanto, o direito à saúde é o mecanismo de proteção a direitos essenciais para garantia da existência humana, como o direito a integridade da pessoa humana e o principal que é o bem maior que é o direito a vida, com a finalidade de proteção a dignidade da pessoa humana, para tanto, o Estado deve atuar de forma positiva com promoção de políticas públicas de promoção humana.

2 INTERVENÇÕES ESTATAIS NA LIBERDADE ECONÔMICA EM RAZÃO DA PANDEMIA DA COVID-19 EM PROTEÇÃO DA VIDA

No cenário atual de importância nacional decorrente da pandemia do Covid-19, foi publicada a Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre os atos para enfrentamento da emergência de saúde pública. A lei em seu artigo 3º dispõe sobre as medidas que as autoridades públicas poderão adotar, como o isolamento e a quarentena e, para isso cada autoridade em suas competências (federal, estadual ou municipal) devem regular as políticas escolhidas. Nessa questão, para regulamentar as medidas um dos instrumentos são os decretos, que são atos administrativos de competência exclusiva dos Chefes do Executivo que visam explicar, executar e orientar a aplicação normativa¹⁹.

Quanto aos termos isolamento e quarentena, os mesmos merecem uma definição. O isolamento consiste em separação de quem está doente de pessoas não infectadas, já a expressão quarentena quer dizer restrição para quem pode ter sido exposto ao vírus, mas não tem sintomas, cumpre acrescentar também a conceituação dos termos *lockdown* que é o bloqueio total, em que só é permitido sair para atividades essenciais, e o termo distanciamento, que são as medidas para diminuir a interação e o contato entre as pessoas de uma comunidade, são os

¹⁸ GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. "A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 13, n. 1, p. jan./jun.2013. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2440/1899>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO BURLE, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. Direito administrativo brasileiro. 42ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 244-245, 2016.

estímulos para que as pessoas fiquem em casa²⁰.

Dentro deste cenário, muitos prefeitos em seus municípios como medida de urgência e prevenção à disseminação do Covid-19 e proteção à vida de seus cidadãos, em forma de Decreto Municipal, determinaram o fechamento do comércio em geral, mantendo-se somente os serviços essenciais em funcionamento.

No entanto, diante dessas medidas, muito se questiona sobre o direito à liberdade econômica, que conforme disposto no artigo 170, da Constituição Federal, trata-se que a economia é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, com a finalidade de assegurar uma existência digna e, que, portanto, o ato da autoridade pública ao intervir nessa liberdade está a ferir a livre iniciativa.

Tudo isso, porque diante da situação excepcional do Covid-19, a administração pública dentro da sua competência de oportunidade e conveniência, colocou normas de direitos fundamentais em colisão, de um lado o direito à saúde e de outro lado o direito à liberdade econômica. Em verdade, deve-se considerar a relação entre o ato normativo, fechamento do comércio e os fatos que foram regulamentados, no caso, o direito à saúde no contexto do Covid-19²¹.

Desta feita, a discussão apresentada é complexa e a simples subsunção dos fatos às normas constitucionais e as demais legislações em situações de "*hard case*" não se apresentam respostas justas, para isso, é necessário o sopesamento.

Depreende-se que os direitos fundamentais não são absolutos e que de forma razoável em momentos casuísticos merecem serem ponderados com análise a cada bem jurídico tutelado e aplicar as restrições necessárias, mas desde que o mínimo dele ainda seja respeitado²², aqui estamos com o direito à saúde e o direito à liberdade econômica, com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, merece destaque as lições de Alexy:

²⁰ FARIA, Adriano. "Conexão Senado esclarece diferença entre isolamento social e quarentena". Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/04/conexao-senado-esclarece-diferenca-entre-isolamento-social-e-quarentena>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²¹ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 1188.

²² OTERO Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. "Em conformidade com o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Brasileira de 1988, é possível exigir do Estado a prestação de fosfoetanolamina sintética para pessoa com câncer?" Revista Jurídica Cesumar – Unicesumar, Maringá – PR, v. 16, n.3, p. 847-876. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5380/2890>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

A máxima da estrito decorre do fato de proporcionalidade em sentido princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da e da decorrem da necessidade adequação natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas²³.

Inferre-se do exposto que na situação do Covid-19 e o fechamento do comércio se faz necessária à aplicação da regra da proporcionalidade com análise da adequação, necessidade e proporcionalidade. Quanto à adequação a política escolhida revela-se adequada ao objetivo de não disseminação do vírus e a desaceleração dos efeitos por ele causado, a necessidade de se evitar aglomeração, por ser medida que reduz o contágio, segundo o Ministério da Saúde²⁴.

No que toca a necessidade da medida tomada pela administração a análise a ser feita é e se existia medida alternativa que atenderia igual efetividade do fim visado. Já em relação à proporcionalidade "quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro²⁵", o direito fundamental à saúde colide diretamente com a concretização de demais princípios relacionados à economia.

Discutem-se os valores apresentados pela sociedade moderna que prioriza o consumo, os valores dos objetos e não mais o sujeito, "o homem, assim, é coisificado por aquilo que veste, por aquilo que possui, por ser magro (ou gordo), por ser bonito (ou não), por ser jovem (ou não)²⁶". Expressa Zygmunt Bauman que "o consumismo de hoje não consiste em acumular objetos, mas em seu gozo descartável²⁷".

Ainda no raciocínio de Zygmunt Bauman com o capitalismo e a era da globalização as relações estão mais líquidas, fugindo das interações mais profundas, o homem perdeu sua própria identidade, ao ponto de não se reconhecer como

²³ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117-118.

²⁴ MONTEIRO Natália; AQUINO, Vanessa; PACHECO, Sílvia; SCHENEIDERS, Luísa. "Saúde anuncia orientações para evitar a disseminação do coronavírus". Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46540-saude-anuncia-orientacoes-para-evitar-a-disseminacao-do-coronavirus>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 593.

²⁶ MOTTA, Ivan Dias da; DANTE, Caroline Rodrigues Celloto. "A personalidade na biopolítica e a ideia de promoção humana". Revista Jurídica - UniCuritiba, Curitiba-PR, v. 3, p. 336-354, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1752>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁷ BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010. p. 41.

pessoa, bem como não reconhece também o seu próximo, o sujeito pós-moderno encontra-se vazio de valores e descentralizado. Afirma Alain Supiot que a razão humana "é o produto das instituições que permitem a cada homem dar sentido à sua existência, que lhe reconhecem um lugar na sociedade e permitem-lhe nela expressar seu talento próprio²⁸".

Desta forma, na atual sociedade que vivemos é necessário que o Estado promova e defenda as políticas públicas de resgate da pessoa humana, o Estado tem o dever de garantir a identidade do indivíduo, por isso, em um conflito entre liberdade econômica e o direito à saúde, que protege o direito à vida, este que é o valor fundamental do nosso Ordenamento merece ser resguardado, o direito à vida e a integridade da pessoa humanas são núcleos essenciais previstos em nossa Constituição Federal²⁹.

De forma avassaladora, o Covid-19 é uma realidade mundial que já retirou a vida de milhares de pessoas, transformando o real cotidiano das pessoas, exigindo por parte do Estado medidas e providências urgentes, com políticas públicas ativas de proteção da existência de todo e qualquer cidadão. No entendimento da Ministra Cármen Lúcia não se tem dúvidas que o direito fundamental à saúde, assim como o direito à vida, é de maior importância dentro do ordenamento pátrio³⁰.

Desta maneira, entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, direito a integridade da pessoa humana e à saúde ou prevalecer o interesse financeiro, o direito fundamental à saúde deve preponderar, visto que é um dever do Estado adotar medidas que o resguardem, bem como atender o interesse de uma sociedade.

Trata-se de uma doença que não tem remédio, vacina eficiente, levando muitas mortes no mundo, enquanto não desenvolverem a vacina, questões de

²⁸ SUPIOT, Alan. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. A teoria do reconhecimento*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

²⁹ OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. "Em conformidade com o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Brasileira de 1988, é possível exigir do Estado a prestação de fosfoetanolamina sintética para pessoa com câncer?" *Revista Jurídica Cesumar – Unicesumar*, Maringá – PR, v. 16, n.3, p. 847-876. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5380/2890>>. Acesso em: 20 juç. de 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI3.510. Rel. Min. Ayres Britto. Dj. 29.05.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 06 jul. 2020.

isolamento social continuarão sendo aplicadas. A discussão traz duas dimensões polêmica: a dimensão sanitária (saúde) e a dimensão econômica, que merece ser analisada sob a solidariedade, quando dentro de um contexto de uma sociedade capitalista, consumista e globalizada.

Verifica-se que tanto a saúde e a livre iniciativa econômica são valores fundamentais ao digno desenvolvimento da pessoa humana, de forma que o Estado não possui discricionariedade para uma análise de conveniência e oportunidade na prestação desses direitos, visto que independe da sua vontade³¹.

Assim, a medida tomada pela autoridade pública com o fechamento do comércio com fundamento no direito à saúde e proteção da vida, *a priori* não é uma medida desproporcional ao fim visado, entretanto, a administração pública precisa investir em políticas públicas de conscientização da população, pois já existem medidas alternativas que podem ser aplicadas como meio de prevenção e o funcionamento do comércio.

CONCLUSÃO

O direito à saúde é um direito fundamental e um instrumento essencial de proteção aos direitos da personalidade, visto que ele promove o desenvolvimento da pessoa humana e integra o mínimo existencial para uma vida digna, em respeito à dignidade e a integridade da pessoa humana e a proteção ao direito à vida.

Neste cenário atual que a sociedade mundial vem vivendo, o capitalismo e o consumo, bem como o contexto da pandemia do Covid-19, caso não haja a intervenção estatal na liberdade, não se tem que falar em proteção da dignidade da pessoa humana. As medidas de promoção, proteção e recuperação ao direito à saúde da população é dever do Estado, ele é responsabilidade da administração pública que deve protegê-lo e promover políticas para redução ou agravo da doença.

No que se refere ao direito brasileiro como medida de proteção e orientação

³¹ FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugnoda. A ausência de discricionariedade na prestação dos direitos fundamentais. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/26/pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2020.

foi publicada a lei 13.979/2020, que dispõe sobre os atos para enfrentamento da emergência de saúde pública. Algumas das medidas que podem ser tomadas são o isolamento e a quarentena, com o objetivo de promover o distanciamento e a não aglomeração. Essas medidas são de responsabilidade da autoridade competente, seja federal, estadual ou municipal, que devem regular as políticas públicas adotadas.

Diante disso, muitos prefeitos em seus municípios, como medida de urgência e prevenção à disseminação do Covid-19, e proteção à saúde de seus cidadãos, em forma de Decreto Municipal, determinaram o fechamento do comércio, mantendo-se somente os serviços essenciais em funcionamento o que levantou a colisão entre o direito à liberdade econômica e o direito à saúde.

Assim, dentro de uma análise da adequação, necessidade e proporcionalidade, proposta por Alexy, infere-se que o Estado deve promover políticas públicas essenciais para que o objetivo do direito à saúde seja alcançado. Para tanto, ao proteger o direito à saúde, diretamente protege-se a inviolabilidade do direito à vida, o que se deve preponderar ao direito da livre iniciativa, ao entender um interesse de uma coletividade.

A política pública é um mecanismo de promoção humana e quando tratamos de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais, direitos sociais e direitos da personalidade, ela deve ter o foco para essa promoção do ser humano a que vai ser tutelado, visto à dignificação da pessoa humana, o seu pleno desenvolvimento e o respeito aos seus direitos como cidadão.

Desta forma, o direito à saúde é fundamento válido para o fechamento do comércio, a administração pública deve promover medidas de proteção à saúde de sua população, especialmente, em momentos de pandemia, como os atuais do Covid-19.

No entanto, a autoridade pública, também, precisa investir em políticas públicas de conscientização da população, como o fechamento das atividades do comércio deve ser um ato temporário, pois já existem medidas e alternativas que podem ser aplicadas como meio de prevenção para a abertura do comércio, respeitando todas as restrições, com a finalidade de chegar a um equilíbrio

entre os conflitos dos direitos fundamentais e a preservação da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Tradução Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília – DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 08 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.510. Rel. Min. Ayres Britto. Dj. 29.05.2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em 20 jul. 2020.

BITTAR, Carlos Alberto. Os direitos da personalidade. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito. São Paulo: Saraiva. 2006.

DE CUPIS, Adriano. Os direitos da personalidade. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

FARIA, Adriano. "Conexão Senado esclarece diferença entre isolamento social e quarentena". Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/audios/2020/04/conexao-senado-esclarece-diferenca-entre-isolamento-social-e-quarentena>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugnoda. "A ausência de discricionariedade na prestação dos direitos fundamentais". Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe, v. 2, n. 1, 2014. Disponível em:

<<http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/26/pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

FIGUEIREDO, Jéssica Antunes; JÚNIOR LINS, George Sarmento. "O direito fundamental à educação e sua efetividade no Brasil: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais de Pontes de Miranda e da Constituição Brasileira de 1988". Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas - Unifafibe, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/343/pdf_1>. Acesso em: 20 jul. 2020.

GODINHO, Adriano Marteleto; GUERRA, Gustavo Rabay. "A defesa especial dos direitos da personalidade: os instrumentos de tutela previstos no direito brasileiro". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 13, n. 1, p. jan./jun.2013. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2440/1899>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

JABORANDY, Clara Cardoso Machado; GOLDHAR, Tatiane Gonçalves Miranda. "A repersonalização do direito civil a partir do princípio da fraternidade: um novo enfoque para tutela da personalidade na contemporaneidade". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 18, n. 2, p. 481-502, maio/ago. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/6267/3254>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO BURLE, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. Direito administrativo brasileiro. 42 ed. São Paulo, Malheiros, p. 244-245, 2016.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTEIRO Natália; AQUINO, Vanessa; PACHECO, Sílvia; SCHENEIDERS, Luísa. "Saúde anuncia orientações para evitar a disseminação do coronavírus". Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46540-saude-anuncia-orientacoes-para-evitar-a-disseminacao-do-coronavirus>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 30.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Alexandre. Direitos humanos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOTTA, Ivan Dias da; DANTE, Caroline Rodrigues Celloto. "A personalidade na biopolítica e a ideia de promoção humana". Revista Jurídica - UniCuritiba, Curitiba-PR, v. 3, p. 336-354, 2016. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

OTERO, Cleber Sanfelici; HILLE, Marcelo Luiz. "A dignidade da pessoa humana em face da escassez de recursos do Estado". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 13, n. 2, p. 485-511, jul/dez. 2013. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3098/2136>>. Acesso em: 20 jul. 2020

OTERO, Cleber Sanfelici; MASSARUTTI, Eduardo Augusto de Souza. "Em conformidade com o direito fundamental à saúde previsto na Constituição Brasileira de 1988, é possível exigir do Estado a prestação de fosfoetanolamina sintética para pessoa com câncer?" Revista Jurídica Cesumar – Unicesumar, Maringá – PR, v. 16, n.3, p. 847-876. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5380/2890>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SANTOS, Catarina Botelho. "A dignidade da pessoa humana – Direito subjetivo ou princípio axial?". Revista da Universidade Portucalense, 21, 2017, p. 256-282. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3057287>. Acesso em 20 jul. 2020.

SCHWARTZ, Germano. Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ROCHA, Maria Luiza de Souza; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. "Atividades notariais e registrares, judicialização e acesso à justiça: o impacto da desjudicialização para a concretização dos direitos da personalidade". Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, Maringá-PR, v. 18, n. 1, p. 305-355, jan./abril 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/5701/3193>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

SUPIOT, Alan. Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito. A teoria do reconhecimento. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

SZANIAWSKI, Elimar. Direitos de personalidade e sua tutela. 2. Ed., ver., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

54. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID-19: UMA ANÁLISE DA MEDIDA CAUTELAR EM PROL DOS POVOS INDÍGENAS YANOMAMI E YE'KWANA

THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM AND THE HEALTH PROTECTION OF INDIGENOUS RIGHTS IN COVID-19 PANDEMIC TIMES: AN ANALYSIS OF THE PRECAUTIONARY MEASURE FOR THE YANOMAMI AND YE'KWANA INDIGENOUS PEOPLES



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-54>

Manoela Fleck de Paula Pessoa¹

Maria Socorro de Araújo Dias²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos na tutela dos povos indígenas durante a pandemia de COVID-19. O novo coronavírus expôs os povos tradicionais a situações de risco à vida e à integridade física, que culminou na expedição de Medida Cautelar pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em prol dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana. Os indígenas são protegidos internacionalmente e pela própria Constituição Federal de 1988. Por isso, em caso de violação a tais preceitos, o Estado brasileiro poderá ser denunciado perante o SIDH, que utilizará dos instrumentos necessários para a aplicação dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados-membros. Portanto, pretende-se analisar os instrumentos de garantia dos direitos indígenas durante a pandemia da COVID-19, por meio do estudo da Medida Cautelar nº 563-20 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O método adotado para o desenvolvimento do trabalho foi o hermenêutico-dedutivo no levantamento dos dados bibliográficos. A pesquisa utilizou-se, além da literatura, de informações retiradas de legislações e da jurisprudência do SIDH. Como resultado, evidenciou-se que os povos indígenas no Brasil estão em de risco com a propagação da COVID-19, sendo as medidas de urgência do SIDH ferramenta eficaz no

¹ Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Email: manoelafpp@gmail.com.

² Doutora em Enfermagem pela Universidade Federal do Ceará. Estágio pós doutoral na Universidade Estadual do Ceará. Docente permanente do Programa de Pós-graduação em Saúde da Família pela Rede Nordeste de Formação em Saúde da Família e do Mestrado Acadêmico em Saúde da Família da Universidade Federal do Ceará. Líder do Laboratório de Pesquisa em Pesquisa Social, Educação Transformadora e Saúde Coletiva - CNPq. Pesquisa na área de Políticas públicas em saúde, Educação na Saúde e Direito Sanitário. Email: socorroad@gmail.com.

impedimento de maiores danos à comunidade indígena, diante das recomendações ao Estado brasileiro.

Palavras-chaves: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Direitos Indígenas. COVID-19. Medida cautelar.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the protection of the Inter-American Human Rights System in the protection of indigenous peoples during the COVID-19 pandemic. The new coronavirus exposed indigenous peoples to situations of risk to life and physical integrity, which culminated in the issuance of a precautionary measure by the Inter-American Commission on Human Rights on behalf of the Yanomami and Ye'kwana Indigenous Peoples. Indigenous peoples are protected internationally and by the 1988 Constitution itself. Therefore, in case of violation of such precepts, the Brazilian state may be sued before the IAHRs, which will use the instruments necessary for the application of such precepts within the internal scope of the States -members. Therefore, it is intended to analyze the instruments for guaranteeing indigenous rights during the COVID-19 pandemic, through the study of Precautionary Measure No. 563-20 of the IACHR. The method adopted for the development of the work was the hermeneutic-deductive in the collection of bibliographic data. The research used, in addition to the literature, information from legislation and jurisprudence of the ISHR. As a result, it became evident that indigenous peoples in Brazil are at risk with the spread of COVID-19, and the SIDH's emergency measures are an effective tool in preventing further damage to the indigenous community, given the recommendations to the Brazilian State.

Keywords: Inter-American Human Rights System. Indigenous Rights. COVID-19. Precautionary measure.

INTRODUÇÃO

Os povos indígenas são objeto de proteção perante a comunidade internacional, tendo em vista a situação de vulnerabilidade perpetuada desde o período de colonização do Brasil. A previsão de direitos e garantias a tais indivíduos tem o objetivo de superar a exclusão socioeconômica e garantir uma vida digna aos povos tradicionais. Além da proteção internacional, os países acabaram elaborando normas de proteção aos direitos indígenas no âmbito interno.

A Constituição Federal de 1988 aderiu a tendência global de garantia aos direitos indígenas e dispôs várias normas que versam sobre tais povos, incluindo a previsão de tutela especial de proteção aos integrantes das comunidades tradicionais.

Todavia, com a pandemia da COVID-19 que assolou o mundo, os povos indígenas foram expostos a situações de risco, não recebendo o amparo necessário do Estado brasileiro. Ademais, o direito à saúde relativo a esses povos tradicionais fora violado, tendo em vista a precária prestação de serviços de atendimento médico adaptado às necessidades especiais dos povos indígenas.

Os povos Yanomami e Ye'kwana foram um dos mais afetados pelo coronavírus, obtendo pouca assistência estatal no impedimento da propagação da doença. Assim, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fora chamada a implementar Medida Cautelar em busca de evitar maiores danos aos integrantes dos citados povos.

Portanto, o objetivo principal do presente estudo é analisar a proteção do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no que se refere aos direitos indígenas durante a pandemia da COVID-19, por meio do uso das medidas de urgência. Com intuito de estudar a efetividade de tais garantias, pretende-se investigar a Medida Cautelar da CIDH em prol dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana.

O método adotado foi o hermenêutico-dedutivo ao realizar o levantamento de dados bibliográficos sobre os direitos indígenas e os instrumentos da SIDH. A pesquisa utilizou-se de fontes bibliográficas e legislativas. Ademais, a pesquisa empregou-se a análise jurisprudencial ao analisar medida cautelar expedida pela CIDH.

1 A PROTEÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19

Os direitos indígenas passaram a ser preocupação na agenda internacional, possibilitando a proteção de tais povos perante a comunidade global. Diversos documentos internacionais protegem os povos originários, tendo, inclusive, sido implementados nos ordenamentos jurídicos internos em vários países, como é o caso do Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988.

A Convenção de nº 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 fora um dos primeiros tratados internacionais que protegeu os direitos indígenas de maneira específica, tendo o Brasil como país signatário. A Convenção trouxe inovações no que diz respeito a conceitos antropológicos, como na própria definição

de povo indígena³. O documento substituiu a teoria integracionista pelo respeito ao pluralismo étnico-cultural, garantindo aos povos indígenas o direito de se desenvolverem como povos diferenciados, bem como o respeito à integridade cultural e à própria terra⁴.

Além disso, é disposto no documento que os governos deverão disponibilizar aos povos interessados serviços de saúde adequados à realidade cultural indígena, ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar o próprio serviço de saúde⁵.

Outro importante documento para a proteção dos povos originários é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, sendo determinado que os povos indígenas têm o direito de melhoria de suas condições econômicas e sociais, especialmente no que tange à educação, emprego, saúde e seguridade social⁶. A declaração expressamente define que tais indivíduos têm direito de acesso a todos os serviços sociais, incluindo a saúde⁷.

Em nível regional, os direitos indígenas são protegidos de maneira ampla pela Convenção Americana de Direitos Humanos, sendo previstos os direitos à vida, às diferenças, à integridade física, psíquica e moral, bem como as garantias judiciais.

Portanto, é dever do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a proteção aos povos indígenas em situação de risco, sendo possível a utilização dos instrumentos de aplicação dos direitos humanos no âmbito interno dos países.

A Constituição de 1988 reafirmou a proteção dos direitos indígenas

³ BATISTA, Michele. "Os Direitos Coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos: O caso da Comunidade indígena Yakye Axa v. Paraguai". Revista Thesis Juris, São Paulo, v. 6, n. 2, maio/ago. 2017, p. 268.

⁴

⁵ Art. 25.1 da Convenção 169 da OIT: "Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental".

⁶ Artigo 21.1. da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas "Os povos indígenas têm direito, sem qualquer discriminação, à melhora de suas condições econômicas e sociais, especialmente nas áreas da educação, emprego, capacitação e reconversão profissionais, habitação, saneamento, saúde e seguridade social".

⁷ Art. 24. 1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: 1. Os povos indígenas têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesse vital do ponto de vista médico. As pessoas indígenas têm também direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde

abandonando a política integracionista que os textos constitucionais anteriores possuíam. O art. 231⁸ da CF/88 reconhece aos índios a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e as tradições. Além disso, é reconhecido o direito originário da terra, competindo à União demarcá-las.

Apesar da proteção internacional e nacional aos direitos indígenas, seus preceitos ainda são violados, deixando-os em situação de risco. É o que ocorre com o desenrolar da pandemia do novo coronavírus durante o ano de 2020. Até o dia 25 de setembro de 2020, foram contabilizados 33.412 casos de COVID-19 entre indígenas, tendo 828 mortos. Ademais, 158 povos foram atingidos⁹.

Vários povos indígenas vivem em situação de isolamento, possuindo poucas informações sobre a sociedade externa, o que dificulta o trabalho de prevenção do novo coronavírus. Os povos que vivem isolados não possuem informações suficientes sobre como deve ser feita a prevenção, bem como os procedimentos sanitários relativos a nova doença.

A CIDH implementou a Resolução 1/2020 com recomendações aos Estados-membros de como lidar com a pandemia de COVID-19. O item 54 da resolução dispõe que os governos devem fornecer informações sobre a pandemia em seu idioma tradicional. Ocorre que os indígenas correm um risco adicional devido à diversidade linguística entre as comunidades originárias¹⁰.

Além disso, o documento da CIDH, no item 56, recomenda que os Estados tomem medidas extremas para proteger os direitos dos povos indígenas durante a pandemia da COVID-19, tendo em vista que tais indivíduos possuem direito de receber cuidados de saúde que levem em consideração a cultura e a tradição de seus povos¹¹.

O direito à saúde é uma premissa prevista em diversos tratados internacionais, inclusive já fora objeto de declaração na própria Corte IDH, que

⁸ Art. 231 da CF/88: "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las (...)."

⁹ Dados fornecidos pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil. Disponível em : http://emergenciaindigena.apib.info/dados_covid19/. Acesso em 25 de setembro de 2020.

¹⁰ VALLEJO, I.; ALVAREZ, K. A pandemia do coronavírus e a Amazônia Equatoriana. Cadernos de Campo (São Paulo 1991), v. 29, n. 1, jun. 2020, p. 94.

¹¹ CIDH. Resolução 1/2020 de 10 de abril de 2020.

dispõe que a saúde deve ser garantida em prol da dignidade humana, observando os princípios fundamentais da bioética, dos documentos internacionais e com qualidade adequada às circunstâncias da pandemia. Ora, os povos indígenas estão em situação de vulnerabilidade específica, que necessitam de um atendimento de saúde adequado e capaz ainda de prevenir a propagação da COVID-19, bem como tratar os indígenas já infectados. No entanto, o que foram relatados são casos de falta de estrutura hospitalar e de acesso a serviços de saúde adaptados às necessidades durante a pandemia¹².

A própria Constituição Federal, no art. 6º, prevê o direito à saúde no rol dos direitos fundamentais sociais, bem como no art. 196, que dispõe a necessidade de políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença, bem como "o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

O atendimento à saúde indígena é prestado através dos Distritos Sanitários Indígenas – DSEIs, que possuem o objetivo de atender aos povos indígenas de acordo com suas particularidades políticos-culturais de cada etnia indígena, obedecendo aos preceitos constitucionais e dos tratados internacionais¹³.

Assim, é dever do Estado dispor das medidas adequadas para o atendimento médico dos povos indígenas, bem como a prestação de serviços públicos de prevenção de doenças, como é o caso do novo coronavírus. Os povos indígenas são indivíduos em situação de risco, que necessitam de atenção especial do governo, principalmente durante a pandemia da COVID-19, que já ocasionou a morte de vários integrantes de comunidades tradicionais. A violação de um desses direitos ocasiona o descumprimento não só do texto constitucional, mas também de tratados internacionais, o que possibilita a responsabilização internacional perante os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos.

¹² CIDH. "Resolução 35/202" de 17 de julho de 2020, p.10.

¹³ SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. "O direito à saúde dos povos indígenas e o paradigma do reconhecimento". Revista Direito e Práxis, v. 8, 2017, p. 7.

2 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A ascensão do regime nazista e as atrocidades cometidas em prol do desenvolvimento do governo autoritário alemão, bem como as consequências que sucederam a Segunda Guerra Mundial significaram a ruptura dos direitos humanos. Com o fim do conflito, os países envolvidos e aqueles que acompanharam os efeitos da guerra reuniram-se com o fim de criar um sistema global de proteção aos direitos humanos.

Foi no pós-guerra que os direitos humanos ganharam relevância, em resposta às trágicas consequências advindas do conflito. A comunidade global, portanto, organizou-se no sentido de consolidar normas internacionais de referência para a proteção dos direitos humanos. Assim, cria-se a Organização das Nações Unidas – ONU (1945). Por meio da criação da ONU, diversos documentos e organismos internacionais foram sendo criados, formando um complexo sistema de proteção aos direitos humanos capazes de influenciar de fato o cumprimento de tais normas internacionais.

Após o surgimento do sistema global, os sistemas regionais foram sendo criados com o objetivo de complementar e reforçar os parâmetros já implementados pela própria ONU. Portanto, os sistemas regionais complementam a proteção internacional já existente, possuindo uma forte influência no âmbito regional, devido ao contexto geográfico, histórico e cultural dos países membros¹⁴.

Assim surge o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo criado por meio da Organização dos Estados Americanas (OEA), através da Carta de Bogotá (Carta da OEA) em 1948¹⁵. O principal instrumento utilizado pelo sistema regional americano é a Convenção Americana de Direitos Humanos que dita os direitos fundamentais mínimos que os Estados-membros devem seguir.

A Convenção Americana estabeleceu um aparato de monitoramento e de concretização dos direitos previstos no documento, capazes de transpor o caráter apenas enunciativo dos dispositivos para a efetiva implementação dos preceitos

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional". 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 318.

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. "Temas de Direito Humanos". 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 93.

fundamentais. A Comissão e a Corte Interamericana são os mecanismos de consolidação dos direitos humanos no âmbito americano.

A Corte Interamericana é o órgão jurisdicional do sistema americano, exercendo função contenciosa nos casos de violação aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos e de outros tratados internacionais. As decisões da Corte IDH têm força vinculante e obrigatória, devendo o Estado que se submete a tal jurisdição cumpri-las¹⁶.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos tem como objetivo a promoção dos direitos humanos no âmbito regional, podendo realizar recomendações aos Estados-membros, bem como requerer informações e a adoção de medidas de reparação às violações. Ademais, é competência da Comissão analisar as comunicações de denúncias de violação aos preceitos da Convenção¹⁷.

A Comissão e a Corte IDH possuem como importante instrumento de aplicação dos direitos humanos e de prevenção a maiores danos às vítimas as Medidas de Urgência, que podem ser divididas entre as Medidas Cautelares, no âmbito da CIDH, e as Medidas Provisórias, no âmbito da Corte IDH.

Os direitos indígenas já foram objeto de discussão perante o SIDH diversas vezes, tendo o Brasil sido responsabilizado por violações aos preceitos internacionais e nacionais que protegem tais indivíduos. O caso de destaque é o Povo Indígena Xucuru vs. Brasil, com sentença proferida em 05 de fevereiro de 2018, versando sobre o reconhecimento das violações dos direitos de propriedade coletiva e à integridade pessoal¹⁸.

Ademais, em julho de 2020, o Brasil fora objeto de medida cautelar, com intuito de proteção aos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana diante da pandemia de COVID-19, que estavam sendo expostos a situação de vulnerabilidade, pondo em risco à saúde dos membros de tais tribos e consequentemente à vida dos mesmos.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional". 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 340.

¹⁷ PASQUALUCCI, J.M. "The Practice and Procedure of the Inter.-American Court of Human Rights". Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 111.

¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. "Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?". Rev. Investig. Const., Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014, p. 138.

3 MEDIDAS DE URGÊNCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

As medidas de urgência são importantes instrumentos do SIDH utilizados no âmbito da Comissão e da Corte IDH, com o objetivo de evitar danos irreparáveis às vítimas de violações de direitos humanos. Esses instrumentos são utilizados quando o curso normal dos processos de investigação e responsabilização se mostra ineficaz para atender situações de extrema urgência, evitando maiores danos aos indivíduos em situação de vulnerabilidade, conforme se extrai do art. 63 (2) da CADH.

Tais medidas emergenciais do SIDH são utilizadas com o intuito de resguardar uma situação jurídica e de proteção aos direitos humanos violados, assim possuem natureza cautelar e tutelar¹⁹.

Nos casos de dano eminente e irreparável devido a circunstâncias de urgência, o curso normal dos casos propostos perante o SIDH poderia tornar o processo ineficaz, perdendo a capacidade de proteger as premissas básicas previstas na CADH. Assim, as medidas de urgência funcionam como instrumentos de salvaguarda dos direitos fundamentais previstos tanto na CADH como em outros tratados internacionais²⁰.

As medidas de urgência estabelecem para sua aplicação o requisito, dentre outros, iminente risco de dano irreparável às pessoas, sendo utilizadas de forma majoritariamente em relação ao direito à vida e ao direito à integridade pessoal. Por isso, a tutela de urgência é importante para a proteção de pessoas em situação de vulnerabilidade, como é o caso dos povos indígenas, crianças e pessoas privadas de liberdade²¹.

As medidas de urgência podem ser divididas entre medidas provisórias e medidas cautelares.

As medidas cautelares são previstas no art. 25.1 do Regulamento da CIDH, devendo ser utilizadas nos casos de gravidade e de extrema urgência e com intuito

¹⁹ AMORETTI, J.; SCHIRMER, J. B.; RODRIGUES, D. S.; PERES, L. 2016. "Alerta nos presídios: medidas de urgência outorgadas ao Estado brasileiro pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Aracê Revista de Direitos Humanos*. Vol. 3 (4), 2016, p. 87.

²⁰ CANÇADO TRINDADE, A.A. "The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)". *Human Rights Law Journal*, v. 24, n. 5-8, 2003, p. 162.

²¹ GONZALEZ, F. "As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, 2010, p. 62.

de evitar danos irreparáveis aos indivíduos. O pedido de cautelar independe de petição ou processo contra a ação estatal, bastando que a situação de risco esteja ocorrendo e haja dano irreparável às vítimas. Portanto, o pedido da medida cautelar poderá ser realizado por requerimento das partes ou por iniciativa da própria CIDH²².

Por outro lado, as medidas provisórias são os instrumentos de tutela de urgência expedidos pela Corte IDH, sendo previstas pelo artigo 63 (2)²³ da própria CADH, devendo preencher os requisitos de extrema gravidade e urgência quando for necessário evitar danos irreparáveis aos indivíduos.

Cabe salientar que tais medidas podem ser expedidas em casos de processos que já tramitam perante a Corte IDH ou em assuntos ainda não submetidos. Não há necessidade de requerimento prévio de medida cautelar pela CIDH para o deferimento de medidas provisórias. Todavia, com intuito de evitar uma alta demanda à Corte IDH de tutelas de urgência, a expedição prévia de medidas cautelares pela CIDH é recomendável. Assim, nos casos que as medidas cautelares serem insuficientes é que se faz essencial a expedição da tutela provisória da Corte IDH²⁴.

O SIDH em diversos momento já expediu medidas de urgência em prol dos povos indígenas, com intuito de evitar maiores danos a tais comunidades. É o caso, por exemplo, da medida cautelar expedida a favor da comunidade Guaraní Kaiwá localizada em Caarapó (MS) em 19 de setembro de 2019²⁵. Outra medida cautelar recentemente expedida ao Estado brasileiro que versa sobre direitos indígenas trata-se da Medida Cautelar nº 563-20 em 17 de julho de 2020 em favor dos membros dos Povos Indígenas Yanomami e Ye'kwana.

²² PASQUALUCCI, J.M. "The Practice and Procedure of the Inter.-American Court of Human Rights". Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 33.

²³ Art. 63 (2) da CADH: " Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão".

²⁴ FAUNDEZ LEDESMA, H. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales". 3. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 518.

²⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). "Resolução 47/2019", de 19 de setembro de 2019.

4.1 MEDIDAS CAUTELARES E OS POVOS INDÍGENAS YANOMAMI E YE'KWANA

A CIDH recebeu pedido de medidas cautelares apresentadas pela Hutukara Associação Yanomami e pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos em prol dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana, com o objetivo de que o Estado brasileiro adote medidas urgentes para a proteção do direito à vida e à integridade física de tais indivíduos. Ocorre que, os membros de tal comunidade estariam sob risco devido à pandemia de COVID-19, tendo em vista a situação de vulnerabilidade, precariedade nos cuidados de saúde e a ausência de prevenção à presença de terceiros não autorizados em seu território²⁶.

A comunidade citada tem uma população de 26.000 pessoas vivendo na região da Terra Indígena Yanomami, localizada do interflúvio Orinoco-Amazonas. A maioria dos indivíduos são povos de contato recente, existindo grupos de isolamento voluntário. Os integrantes da comunidade vêm enfrentando riscos específicos devido à pandemia de COVID-19. Segundo a Resolução de nº 35/2020, vários indivíduos dos povos ali estabelecidos possuem comorbidades significativas, com alta incidência de doenças respiratórias, além da ausência de imunidade a doenças devido a falta de interatividade com a sociedade em geral²⁷.

Além disso, no documento é relatado a insuficiência de medicamentos, médicos e equipamentos de proteção, tendo a assistência médica reduzida às comunidades mais isoladas, refletindo em um aumento na mortalidade infantil indígena. Com intuito de evitar contaminações, o DSEI-Y adotou um Plano de Contingência e prevenção ao novo Coronavírus que não leva em consideração a realidade sociocultural dos povos indígenas, já que várias famílias moram em uma mesma casa, compartilhando utensílios domésticos. Além disso, o plano não levou em consideração os grupos em isolamento voluntário, que sofrem com a invasão da atividade do garimpo²⁸.

Outra reclamação realizada foi a falta de uso de equipamentos de proteção individual, como máscaras, por indivíduos autorizados que entraram na Terra

²⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). "Resolução 35/202" de 17 de julho de 2020, p.1.

²⁷ Ibidem, p. 2.

²⁸ Ibidem, p. 3.

Yanomami. Outra dificuldade seria a falta de acesso à rede urbana de saúde devido ao crescente número de casos em Roraima, que sobrecarregou o sistema de saúde do Estado.

Ademais, os membros da comunidade alegaram que a população Yanomami e Ye'kwana estão expostos à doença devido à atividade ilegal de garimpo que ocorre nas citadas terras desde 2018. Os garimpeiros acabam entrando em contato com os povos indígenas, que acabando carregando o vírus da COVID-19 até a indivíduos em isolamento voluntário. Estima-se que há cerca de 20 mil garimpeiros na terra indígena Yanomami²⁹.

De acordo com um estudo realizado pelo Instituto Socioambiental, fora concluído que, caso não sejam implementadas medidas de proteção ao novo coronavírus, 40% do grupo Yanomamis acabariam infectados³⁰.

Além disso, na Resolução foram relatadas situações de ameaças e violências aos povos indígenas Yanomami pelos garimpeiros que adentraram a região.

Após ouvir o Estado, a CIDH relatou que o requisito de gravidade fora atingido devido ao risco de contaminação dos povos indígenas devido a exposição à COVID-19, tendo reconhecido que, até meados de junho de 2020, 150 casos foram testados positivos, incluindo 4 óbitos. A CIDH, além disso, destacou a vulnerabilidade imunológica dos povos indígenas isolados ou de contato recente³¹.

Fora enfatizada pela CIDH a situação dos possíveis beneficiários da presença de terceiros não autorizados na terra indígena, que leva a ocorrência de situações hostis, bem como a disseminação da COVID-19. Nesse sentido, a situação de garimpo nas terras indígenas afeta a saúde dos membros da comunidade. Assim, a CIDH reconheceu que os direitos à vida e à saúde dos membros dos povos indígenas Yanomami e Ye'kwana foram violados, devendo o Estado brasileiro adotar medidas capazes de evitar danos maiores³².

Nesse sentido, o caráter de urgência fora atingido devido ao risco de contaminação do novo coronavírus e a aparente falta de medidas preventivas e de

²⁹ Ibidem, p. 4.

³⁰ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, "O Impacto da Pandemia na Terra Indígena Yanomami", 2020, p. 3.

³¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). "Resolução 35/202" de 17 de julho de 2020, p.10

³²Ibidem, p. 11.

atenção médica. Por isso, a CIDH determinou a adoção de medidas urgentes para a proteção dos direitos violados, garantindo o tratamento médico adequado, conforme os parâmetros internacionais³³.

Assim, tendo em vista a situação de risco em que se encontra os indígenas que vivem na Terra Yonamami, a CIDH manifestou-se pela implementação de medidas capazes de evitar maiores danos às vítimas. O Brasil, tendo se submetido à CADH, e, assim, à jurisdição da Corte e da Comissão IDH, deve atender aos preceitos das medidas de urgência solicitadas, devido ao compromisso de cumprir as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. É o que ocorre com os direitos indígenas. Os povos indígenas são grupos vulneráveis que devem ter a proteção estatal. A cultura e o modo de sobrevivência estão interligados à terra, estando vinculadas à própria dignidade da pessoa humana, pois é através de suas terras originárias que estes povos podem se desenvolver coletivamente³⁴.

A presença de pessoas não autorizadas nas terras indígenas Yonamami pode trazer não só consequências aos meios de subsistência, mas a saúde dos integrantes da comunidade, devido ao risco de contaminação do novo coronavírus. Além disso, a invasão de garimpeiros possibilita ameaças de violência e risco à integridade física dos indígenas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos indígenas possuem ampla proteção internacional, sendo previstos em diversos tratados internacionais. Devido à situação de vulnerabilidade imposta a tais grupos tradicionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos também previu garantias em prol dos povos indígenas, sendo inclusive objeto de demandas perante a Corte IDH e a CIDH.

O SIDH atua como importante organismo de concretização dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados-membros, utilizando-se de instrumentos

³³Ibidem, p. 12.

³⁴ OSOWSKI, R. "O Marco Temporal para demarcação de Terras Indígenas, memória e esquecimento". *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, v.22, 2017, p. 339.

previstos na CADH que possibilitam a adoção dos preceitos fundamentais ali dispostos pelos países-membros. É o caso das medidas de urgência. Portanto, nos casos de extrema urgência e de iminência de dano irreparável, a CIDH ou a Corte IDH podem utilizar-se da tutela emergencial.

A pandemia da COVID-19 expôs vários povos indígenas a situação de risco, devido à precariedade do atendimento médico não adaptado às necessidades especiais de tais indivíduos, bem como às invasões de pessoas não autorizadas às terras indígenas, o que facilitou a propagação do vírus entre as comunidades tradicionais. Fora o que ocorreu com os grupos Yonamami e Ye'knawa, que solicitaram medida cautelar, com o objetivo de evitar maiores danos aos integrantes.

A CIDH expediu a tutela de urgência em 17 de julho de 2020, recomendando ao Estado brasileiro que fossem atendidos os preceitos que versam sobre direito à saúde dos povos indígenas, resguardando a vida e a integridade física dos índios. Além disso, fora recomendado a proteção da terra indígena Yonamami contra a invasão de garimpeiros, tendo em vista não só a salvaguarda da própria propriedade, mas à saúde dos indivíduos que ali habitam.

Assim, sendo o Brasil país signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos e estando sob a jurisdição da Corte IDH e da CIDH, os preceitos previstos na Medida Cautela de nº 563-20 devem ser aplicados no âmbito interno. Assim, as medidas de urgência atuam como mecanismos de preservação e garantia dos direitos indígenas, prevenindo a ocorrência de maiores danos às vítimas de violações de direitos humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORETTI, J.; SCHIRMER, J. B.; RODRIGUES, D. S.; PERES, L. "Alerta nos presídios: medidas de urgência outorgadas ao Estado brasileiro pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos". Aracê Revista de Direitos Humanos. v. 3, n. 4, 2016, São Paulo, p. 76-101.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL (APIB). "Panorama Geral da COVID-19". 2020. Disponível em: <http://emergenciaindigena.apib.info/>. Acesso em: 25. Set. 2020.

BATISTA, Michele. "Os Direitos Coletivos na Corte Interamericana de Direitos Humanos: O caso da Comunidade indígena Yakye Axa v. Paraguai". *Revista Thesis Juris*, São Paulo, v. 6, n. 2, maio/ago. 2017, p.264-279.

CANÇADO TRINDADE, A.A. "The Evolution of Provisional Measures Under the Case-Law of the Inter-American Court of Human Rights (1987-2002)". *Human Rights Law Journal*, v. 24, n. 5-8, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Resolução 1/2020 de 10 de abril de 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). "Resolução 35/202" de 17 de julho de 2020, p.10

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). "Resolução 47/2019", de 19 de setembro de 2019.

FAUNDEZ LEDESMA, H. "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: Aspectos Institucionales y Procesales". 3. ed. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

GONZALEZ, F. "As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos". *Revista Internacional de Direitos Humanos*. São Paulo, 2010, p. 50-71.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, "O Impacto da Pandemia na Terra Indígena Yanomami", 2020, p. 1-10.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. "Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?". *Rev. Investig. Const.*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, Sept. 2014.

OSOWSKI, R. "O Marco Temporal para demarcação de Terras Indígenas, memória e esquecimento". *Mediações: Revista de Ciências Sociais*, v.22, 2017.

PASQUALUCCI, J.M. "The Practice and Procedure of the Inter.-American Court of Human Rights". Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional". 13a. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

———, Flávia. "Temas de Direito Humanos". 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARTORI JUNIOR, Dailor; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. "O direito à saúde dos povos indígenas e o paradigma do reconhecimento". *Revista Direito e Práxis*, v. 8, 2017, p. 86-117.

VALLEJO, I.; ALVAREZ, K. "A pandemia do coronavírus e a Amazônia Equatoriana". Cadernos de Campo (São Paulo 1991), v. 29, n. 1, jun. 2020, p. 94-110.

55. A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA ABORDAGEM PARA LITÍGIOS COMPLEXOS

THE COVID-19 PANDEMIC IN BRAZIL AND THE STRUCTURAL PROCEDURES: AN APPROACH OF COMPLEX LITIGATION.



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-55>

Micaela Porto Filchtiner Linke¹

Marco Félix Jobim²

RESUMO

O presente artigo aborda uma possibilidade aplicação dos processos estruturais no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil frente a emergência de litígios complexos perante o judiciário nacional neste período de crise. A escolha do tema atual justifica-se pela necessidade imediata de desenvolvimento do estudo sobre o assunto, de forma a proporcionar alternativas adequadas no intuito de contenção e superação da crise, sendo social juridicamente relevante. A pesquisa de caráter exploratório utilizou basilamente de metodologia dedutiva para o exame do cenário que se apresenta no primeiro trimestre do reconhecimento do quarto desastre de proporções nacionais que assola o país nestes últimos anos, o novo coronavírus, em especial no âmbito do direito, a revisão da teoria jurídica quanto aos processos estruturais e a análise da possível utilização dessa espécie de procedimento e de suas técnicas para lidar com os litígios complexos decorrentes das falhas sistêmicas e profundas reformas impulsionadas pelo contexto pandêmico. Como resultado, depreendeu-se que a complexidade inerente ao cenário imposto pela pandemia da COVID-19, vislumbra em questões que aportam ao poder judiciário em quantidade exponencial, urge por opções viáveis para que sirva o processo civil como instrumento para a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos direitos violados e ameaçados. Com isso, entenderam-se os processos estruturais como adequados para lidar litígios complexos, por seu próprio enquadramento conceitual finalístico às circunstâncias do cenário pandêmico no Brasil, permanecendo imperiosa a análise concreta e adaptação à situação fática apresentada para o aproveitamento responsável e eficiente dessa espécie de procedimento.

Palavras-chave: Coronavírus; Direito dos desastres; Técnicas estruturantes; Processo civil; Complexidade.

¹ Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Bolsista de Iniciação Científica PROBIC/FAPERGS, 2019-2020. E-mail: micalaelinke@terra.com.br.

² Professor Orientador. Pós-doutor em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná – UFPR - e Doutor em Direito pela PUCRS. Professor dos cursos Graduação e de Pós-graduação em Direito da PUCRS. E-mail: marco@jobimesalzano.com.br.

ABSTRACT

This article addresses a possible application of structural processes in the context of the COVID-19 pandemic in Brazil in the face of the emergence of complex litigation before the national judiciary in this period of crisis. The choice of the current theme is justified by the immediate need to develop the study on the subject, in order to provide adequate alternatives in order to contain and overcome the crisis, being socially legally relevant. The exploratory research mainly used deductive methodology to examine the scenario that presents itself in the first quarter of the recognition of the fourth disaster of national proportions that has plagued the country in recent years, the new coronavirus, especially in the scope of the law, the revision the legal theory regarding structural processes and the analysis of the possible use of this type of procedure and its techniques to deal with complex litigation arising from systemic failures and deep reforms driven by the pandemic context. As a result, it emerged that the complexity inherent to the scenario imposed by the pandemic of COVID-19, glimpsed in issues that contribute to the judiciary in an exponential amount, urges viable options to serve the civil process as an instrument for the provision of judicial protection adequate, effective and timely access to violated and threatened rights. As a result, structural processes were understood to be adequate to deal with complex litigation, due to their own finalistic conceptual framework to the circumstances of the pandemic scenario in Brazil, with a concrete analysis and adaptation to the factual situation imperative for the responsible and efficient use of this type of situation. procedure.

Keywords: Coronavirus; Disaster law; Structuring techniques; Civil Procedure; Complexity.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu analisar os processos estruturais como alternativa jurídica para o contexto da pandemia da COVID-19 no país, especialmente em relação aos litígios complexos. A escolha do tema deu-se exatamente frente à necessidade acadêmica e social de aprofundamento da pesquisa acerca das opções para a proteção dos direitos fundamentais e para a promoção da prestação de tutela adequada, efetiva e tempestiva pelo poder judiciário nesta nova realidade que se apresenta.

Inegável que o desastre global em que se consolidou a pandemia da COVID-19 em 2020 alterou a humanidade e suas consequências permearão a sociedade brasileira pelos próximos tempos. Nesse contexto, direitos colocados em oposição, ou em tensão, exigindo reestruturação de sistemas em colapso e intervenção em políticas públicas, criam conflitos complexos que aportam ao poder judiciário em busca de soluções proporcionais e razoáveis. Com isso, são colocados em pauta os

processos estruturais como alternativa para lidar com tais litígios complexos de maneira eficiente, tendo em vista seu conceito interligado a tais lides. Por isso, demonstra-se relevante o desenvolvimento de conhecimento teórico sobre a temática, de forma a qualificar as respostas práticas a serem empregadas.

Utilizou-se essencialmente do método dedutivo, tendo como base de estudo a doutrina brasileira no que se refere aos assuntos que compõe o tema desta pesquisa. Assim, o trabalho teve caráter exploratório, haja vista o desenvolvimento por meio de técnica de revisão bibliográfica e em consideração à atualidade do tema e à sua constante transformação.

Portanto, desenvolveu-se este artigo, inicialmente, com um delineamento contextual da pandemia da COVID-19, do Brasil e do poder judiciário nacional em face a ela, considerando o ocorrido até o mês de maio de 2020. Sequencialmente, fez-se um exame do surgimento, do conceito e das características dos processos estruturais. Finalmente, embasado no anteriormente traçado, analisou-se o direito dos desastres, os litígios complexos e a aplicação dessa espécie processual ou de suas técnicas no cenário pandêmico brasileiro.

A PANDEMIA DA COVID-19: BREVE DELINEAMENTO CONTEXTUAL

Em um século marcado pela evolução tecnológica e pela globalização, as recorrentes descobertas de novos agentes infecciosos, a perturbação do meio ambiente, a ausência de limites de fronteiras e a circulação de pessoas e mercadorias em ritmo cada vez mais acelerado pelo mundo apontavam para a possibilidade de cada vez mais eminente de uma pandemia e da necessidade utilização da tecnologia para combatê-la.³ Em novembro de 2019, na cidade de Wuhan, a maior área metropolitana da província de Hubei, na China, emergiram casos de infecção respiratória contagiosa, sendo reportada, em 31 de dezembro de 2019 – pelas autoridades chinesas –, à Organização Mundial da Saúde - OMS - a

³ GRAHAM, Barney S.; SULLIVAN, Nancy J. Emerging viral diseases from a vaccinology perspective: preparing for the next pandemic. *In: Nature Immunology*. Vol. 19. Berlin: Springer Nature, 2018. p. 20–28.

identificação de 44 pacientes com pneumonia causada por agente não identificado.⁴ A evolução da epidemia no local, resultou no primeiro relatório oficial da OMS⁵ em 21 de janeiro de 2020, no qual se anunciou a existência de um novo coronavírus (2019-nCoV) isolado pelos pesquisadores locais em 07 de janeiro de 2020, que já contava – naquela data – com 282 casos confirmados em quatro países de pessoas afetadas pela doença COVID-19 (*Coronavirus Disease 2019*) decorrente do que veio a ser denominado SARS-CoV-2, síndrome respiratória aguda grave 2 causada por coronavírus.

Devido à contaminação assintomática, à similaridade de sintomas com doenças respiratórias comuns e à inconsistência de sintomas entre pacientes, a potencialidade de transmissão demonstrou-se alarmante para as entidades de saúde mundiais – Organização Mundial de Saúde (OMS) e os Centros de Controle de Doenças (CDCs). Aquela, desde seu primeiro relatório em janeiro, publicou diariamente atualizações sobre a evolução da doença ao redor do globo⁶, que em fevereiro já havia atingido os cinco continentes com casos importados ou já com transmissão local.

Em março, a Europa – em especial a Itália – se tornou o epicentro da epidemia e a OMS sustentou que ainda não era necessária a instituição de limites à circulação de pessoas e mercadorias em deslocamento das áreas afetadas, haja vista a baixa efetividade de tais medidas à contenção da contaminação e elevados prejuízos econômicos e sociais, porém que os protocolos de higiene deveriam ser reforçados.⁷

Contudo, sem sucesso na contenção do alcance da epidemia, no dia 11 de

⁴ CASCELLA, Marco; RAJNIK, Michael; CUORNO, Arturo; DULEBOHN, Scott C.; DI NAPOLI, Raffaella. **Features, Evaluation and Treatment Coronavirus (COVID-19)**. Bethesda: StatPearls Publishing LLC, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554776/>. Acesso em: 07 Abr. 2020.

⁵ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) - SITUATION REPORT – 1 -21 JANUARY 2020**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em 28 Abr. 2020.

⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

março de 2020 a OMS – através da coletiva de imprensa de seu Diretor Geral⁸ – declarou, para muitos já em atraso, a existência de uma pandemia com relação a doença denominada COVID-19, já com 118,000 casos em 114 países e com 4,291 mortes.

O Brasil – que já contava com casos importados desde fevereiro – pareceu demorar a reagir diante da crise que se apresentava à população mundial. Conquanto já haviam sido identificados pacientes acometidos da COVID-19, medidas de contenção da contaminação foram colocadas em prática somente após o anúncio da Organização Mundial da Saúde e aglomerações em eventos esportivos e educacionais ocorreram nos dias posteriores a 11 de março de 2020. As orientações da OMS⁹ – que, face à promulgação do Regulamento Sanitário Internacional¹⁰, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005, por meio do Decreto nº 10.212/2020¹¹, são vinculantes no Brasil segundo Valerio Mazzuoli¹² – foram incorporadas por governos estaduais e municipais ao longo de território nacional com maior consistência na semana seguinte, quando o aumento de casos em diversas cidades colocou o país também em alerta.

Todavia, em consideração à extensão territorial do Brasil e as desigualdades sociais que se estendem em todas as localidades, não é uma surpresa que a pandemia afetou diferentes lugares de maneiras distintas. Mais ainda, as divergências e as tensões entre e dentro dos braços estatais proporcionou reações dissemelhantes nas mais longínquas cidades brasileiras. Não obstante, é inquestionável que o país como um todo se encontrou afetado pelo cenário global estando a população brasileira inteiramente em estado de vulnerabilidade no âmbito da saúde e do saneamento público, mas social e economicamente prejudicada.

⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 05 abr. 2020.

¹⁰ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Regulamento Sanitário Internacional**. 3 ed. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

¹¹ BRASIL. **Decreto nº 10.212/2020**. Brasília: Presidência da República, 2020.

¹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-porvalerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

A partir dessa visão, é possível verificar a caracterização do ocorrido como um desastre à luz do conceito legal compreendido a no disposto no artigo 2º, inciso II, do Decreto nº 7.257 de 2010, como sendo o “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.¹³ Hermes Zaneti Júnior¹⁴, nessa linha, comenta que o país – anteriormente identificado como um local em que não ocorriam desastres – foi assolado nos últimos cinco anos por quatro eventos de enorme magnitude, que com certeza alteraram essa ideia: em 2015, o rompimento da barragem da Barra do Fundão em Mariana, Minas Gerais; em 2019, o rompimento da barragem do Córrego do Feijão em Brumadinho, também Minas Gerais; em 2019, o derramamento de óleo na costa brasileira; e, agora, em 2020 a pandemia da COVID-19 causada pelo vírus SARS-COV-2.

A identificação do cenário pandêmico atual como um desastre é bastante relevante para a análise da situação que se apresenta no país e os conflitos que diariamente dele surgem. O conjunto de eventos anteriormente mencionados, que se deu ao longo dos primeiros meses de 2020 ao redor da Terra, é a origem da complexa situação que hoje se põe diante da nação brasileira, visto que aquela sequência de fatos culminou em uma crise prevista, ainda que incontornável, que está transformando definitivamente a humanidade.

Dessa forma, não há setor ou lugar que não tenha sido afetado, porém nenhum deles o foi da mesma maneira, sendo as consequências imensuráveis e, ainda, pouco precisas, a certeza que se demonstra é que o país – à imagem do mundo – estará invariavelmente alterado quando da superação das atuais circunstâncias e os problemas dela advindos, com os quais já se arcam no presente momento, perdurarão por alongado período de tempo.

Nesse sentido, o impacto do cenário pandêmico no âmbito jurídico, tanto no direito público quanto no direito privado, é extremamente amplo e abrangente, o que não é uma surpresa haja vista que sendo o direito reflexo social, um cenário de

¹³ BRASIL. **Decreto nº 7.257/2010**. Brasília: Presidência da República, 2010.

¹⁴ ZANETI JÚNIOR, HERMES. **Direito Processual dos Desastres**. Palestra *online* ministrada no Grupo de Estudos Araken de Assis (GEAK), coordenado pela Professora Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha, em 22 de maio de 2020.

profunda alteração social, por decorrência lógica reflete proporcionalmente no direito. Desse modo, o judiciário necessita – desde já – pensar em alternativas para a contínua, adequada, efetiva e tempestiva prestação de tutela jurisdicional, aproveitando as transformações impulsionadas pelo cenário pandêmico para que haja evolução e desenvolvimento de soluções de litígios sem que um colapso do sistema.

OS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO BRASIL.¹⁵

O estado em que se encontra o processo civil brasileiro atualmente é pautado pela busca da concretização de seu propósito, consoante ensina Luiz Guilherme Marinoni¹⁶: servir como instrumento para a prestação de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva. Pensando nisso, é necessário que se busquem alternativas para a solução efetiva de litígios resultantes da atual realidade social, que muitas vezes dependem de políticas públicas para sua fruição concreta¹⁷, para os quais o processo com o qual se está acostumado não é suficiente. Nesse contexto, frente aos colapsos sistêmicos e institucionais presentes no país, surgem como opção os processos estruturais para a concretização da proteção jurisdicional fundamentalmente garantida às lesões ou ameaças a direitos.¹⁸

Os processos estruturais têm sua origem retrçada aos Estados Unidos da América na década de 1950 com a superação do precedente *separate but equal* instituído e confirmado diversas vezes durante o século anterior¹⁹, do qual se depreendia a constitucionalidade de condutas de segregação racial no território

¹⁵ LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 267-286.

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 145-146.

¹⁷ LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o projeto de lei 8.058/2014. In: **Revista de Processo**, vol. 252/2016, fev/2016, DTR\2016\215, (pp. 275-300). p. 278.

¹⁸ "Artigo 5º (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;" (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.)

¹⁹ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

nacional desde que fossem fornecidas igualdade de condições. Em um movimento internacional de desenvolvimento dos direitos humanos²⁰, foi julgado na Suprema Corte Estadunidense em 1954²¹ e em 1955²² o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*, em que o – à época – *Chief Justice* Warren movimentou seus pares na direção da alteração da interpretação constitucional firmada nos julgamentos de *Dred Scott v. Sandford*²³ e de *Plessy v. Ferguson*²⁴, impulsionando a transformação da realidade social a partir da dessegregação racial nas escolas públicas do país.²⁵

A Corte Constitucional dos Estados Unidos da América, naquela época, percebeu-se, com o caso de um traumático rompimento de precedente, que face às especificidades de cada localidade e à complexidade do postulado, havia uma impossibilidade de satisfação imediata do direito postulado, decidindo pelo rejuízo e – nesse – pela determinação de um plano continuado, visando à eliminação da discriminação no sistema educacional estadunidense.²⁶ Algumas décadas depois, a doutrina jurídica do país, especificamente Owen Fiss²⁷, vislumbrou no processo de dessegregação judicial das escolas públicas dos Estados Unidos um mecanismo formal utilizado pelo judiciário na direção da erradicação de violações de abrangência coletiva a direitos constitucionais denominado *structural reform*.

Tais litígios tendem a ser identificados como ações de interesse público, sob

²⁰ GOLDSTONE, Richard J.; RAY, Brian. The International Legacy of *Brown v. Board of Education*. In: **35 McGeorge L. Rev.** 105, 2004. (pp. 105-120). p. 105. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol35/iss1/5>. Acesso em: 13 Maio 2019.

²¹ **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. *Brown I*, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 04 Maio 2019.

²² **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. *Brown II*, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>. Acesso em: 04 Maio 2019.

²³ **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. *Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393, 1857. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>. Acesso em: 04 Maio 2019.

²⁴ **ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA**. *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537, 1896. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>. Acesso em: 04 Maio 2019.

²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. (pp. 229-258). p. 232-233.

²⁶ MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Aspectos Processuais do Controle Judicial de Políticas Públicas: estudo a partir do problema carcerário do Estado do Paraná. In: **Revista dos Tribunais Sul**, vol. 2/2013, Nov-Dez/2013, DTR\2014\1711, (pp. 15-39). p. 27.

²⁷ FISS, Owen M. *Forward: The Forms of Justice*. Harvard Law Review, v. 93, n. 1. Faculty Scholarship Series 1220, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12 Maio 2019.

essa intitulação, Abram Chayes²⁸ desenvolveu - em paralelo às ideias de Owen Fiss - pesquisa quanto ao conceito morfológico dessas ações, concluindo no sentido de que as características de tais conflitos diferenciam o processo a ser adotado daquele apreendido como ordinário.

A intervenção do poder judiciário em políticas públicas, no Brasil, foi pautada pela discussão ao redor dos problemas de custos e da relação com a cláusula de reserva do possível prevalecendo como entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal a partida desta para a análise daquela.²⁹ Com isso e reconhecidos os variados problemas organizacionais, institucionais e sistemáticos do Brasil, os processos estruturais - denominados também medidas ou técnicas estruturantes, decisões estruturais, litígios estruturais ou litígios complexos de rito estrutural - gradativamente cresceram em âmbito nacional. Ou seja, conforme lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.³⁰, emergiram ações caracterizadas pela busca de implantação uma reforma estrutural em um ente, organização ou instituição, com o objetivo de concretizar um direito fundamental, realizar uma determinada política pública ou resolver litígios complexos.

Esse movimento fundamenta-se no poder legalmente concedido ao judiciário de promoção de execução de suas decisões por meio de medidas atípicas³¹ definido em cláusulas gerais executivas - artigo 139, IV³², combinado com o artigo 536, §1º³³,

²⁸ CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. In: **Harvard Law Review**, volume 89, Maio 1976, número 7, p. 1281-1316.

²⁹ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 518-519.

³⁰ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 455.

³¹ JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo código de Processo Civil brasileiro. **Repercussões do novo CPC - processo coletivo**. ZANETI JR., Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

³² "Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: (...) IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; (...)" (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015).

³³ "Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o

do Código de Processo Civil Brasileiro, Lei nº 13.105 de 2015³⁴ - haja vista que, de acordo com o preceituado por Marco Félix Jobim³⁵, uma decisão judicial, ainda mais se tratando da determinação de uma reforma, não é capaz de alterar relações sociais, políticas econômicas e afetivas sem que haja, no plano concreto, efetivas condições para sua concretização. Tais permissividades legais – que, prudente mencionar, são concomitantes ao impulso da consensualidade e da cooperação característicos também do Código de Processo Civil de 2015³⁶ - trouxeram novamente à baila a discussão sobre a desneutralização política do Poder Judiciário e de judicialização da política que não raras vezes pode se emaranhar com ativismo judicial.

Sinteticamente os processos estruturais caracterizam-se essencialmente por tratarem da “efetivação do direito material de maneira dialética, a partir de um debate amplo, cuja única premissa consiste em tomar a lide como fruto de uma estrutura social a ser reformada” nas palavras de Jordão Violin³⁷, buscando extirpar as causas do conflito. Para tanto, alguns aspectos identificados ao longo do desenvolvimento de estudos sobre o procedimento lhe conferem legitimidade, tendo em vista que – como anteriormente posto - as reformas estruturais se diferenciam por buscarem conferir significado aos valores constitucionais na operação institucional³⁸, influenciando na forma do procedimento e invariavelmente conferindo poder ao juízo para o processamento e para a concretização da decisão.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de

impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial. (...)” (BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015).

³⁴ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 464.

³⁵ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 82-83

³⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 152.

³⁷ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 151.

³⁸ “As a type of adjudication, structural reform is distinguished by the effort to give meaning to constitutional values in the operation of large-scale organizations. This organizational aspiration has important consequences for the form of adjudication, raising new and distinct problems of legitimacy. But much of the criticism of structural reform, and what I begin with, focuses on that characteristic common to all forms of injunctive litigation: the fact that so much power is vested in judges.” (FISS, Owen. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003. p. 5.)

Preceito Fundamental 347³⁹, reconheceu o estado inconstitucional de coisas no sistema penitenciário brasileiro no intuito de assegurar a integridade física e moral dos apenados. Consoante Adriana Costa Lira⁴⁰, a corte nacional no julgado referiu-se a uma situação em que há grave inconstitucionalidade e que demanda medidas efetivas por parte do judiciário para a decisão de declaração de existência do instituto no caso concreto.

Fredie Didier Jr.⁴¹ expande a ideia de estado de inconstitucionalidade por entender que o problema ou litígio estrutural é uma situação fática de permanente desconformidade que se prolonga no tempo, não sendo necessariamente ilícita ou antijurídica, que quando levada ao judiciário como objeto de um processo exige a reestruturação da situação, dependendo do tempo e de decisões estruturais, que definem a situação de conformidade almejada e em sequência as medidas de modo, tempo e grau em que esta transformação será implementada. Com isso, entende como características dos processos estruturais: essencialmente versarem sobre um problema estrutural, serem o veículo para a transição entre a situação de desconformidade e a situação conformidade desejada, organizarem-se bifasicamente – primeiramente constatando e apurando o estado real e aquilo que se quer alcançar e, posteriormente, executando a transição –, serem intrinsecamente flexíveis e embasarem sua solução na consensualidade; comumente também podem ser multipolares, coletivos e complexos.

Por sua vez, Edilson Vitorelli⁴², que divide os litígios coletivos em locais – em que o direito é de titularidade do grupo afetado –, globais – nos quais a legitimidade é do representante coletivo e há baixa conflituosidade – e irradiados –

³⁹ BRASIL. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 27 Mar. 2020.

⁴⁰ LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p.16.

⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Processo Estrutural**. Palestra *online* ministrada no seu perfil do Instagram e promovida pela Editora Juspodivm, em 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tisgz3Ziv2I>. Acesso em: 2 Maio 2020. DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

⁴² VITORELLI, Edilson. **O devido processo coletivo**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida, em 03 de abril de 2020. VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

caracterizados pelo envolvimento de subgrupos sociais com interesses diferentes, ou seja, pela sobreposição dos interesses em análise. Com base nisso, considera o litígio estrutural um litígio coletivo irradiado, porquanto atinge subgrupos sociais diversos, com intensidades e de formas diferentes, afetando os interesses envolvidos de modos distintos, desse jeito, os interesses externos ao grupo também são relevantes para a solução do problema face à elevada complexidade e conflituosidade do litígio.⁴³

Diante de tais características do problema levado ao poder judiciário para solução, o processo estrutural, conforme sistematizado por Edilson Vitorelli⁴⁴, deve, primeiramente, apreender a complexidade e conflituosidade do litígio sob análise em sua integralidade, ouvindo todas as partes envolvidas – sendo dever dos representantes, para uma representação adequada, fazer presente aqueles que estão ausentes –, para então elaborar um plano de transformação do sistema de forma a leva-lo a um estado desejado, o qual é implementado negociada ou compulsoriamente, sendo os resultados avaliados no intuito de assegurar a concretização dos objetivos propostos – ou seja, a correção da violação e a sua inibição futura –, revisão do plano com base no observado complementando-o ou minorando efeitos colaterais não previstos e subsequente implementação, o que se repete até consolidação da reorganização da estrutura. Em vista ao disposto, constata-se que essa execução diferida, percebida por ambos os autores acima, para reforma da estrutura possui, consoante Sérgio Arenhart⁴⁵, uma lógica contínua e prospectiva, recorrendo-se a provimentos ou decisões em cascata, por vezes negociadas ou mediadas, prolatadas para a implementação da decisão principiológica primordial.

Por conseguinte, os processos estruturais – uma possibilidade reconfigurada de resposta baseada no dinamismo do processo civil contemporâneo⁴⁶ – não são

⁴³ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369). p. 7-9.

⁴⁴ VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. In: **Revista de Processo**, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369). p. 8.

⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 132-145.

⁴⁶ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 144.

uma inovação jurídica recente e podem ser resumidos em procedimentos judiciais cujo objetivo é a implementação efetiva de reformas⁴⁷ sistêmicas, institucionais ou organizacionais, almejando a consolidação de uma realidade conforme à Constituição da República Federativa do Brasil. Sua teoria – especialmente no Brasil – permanece em desenvolvimento e ainda não há legislação ou unanimidade suficiente para sua solidificação, não obstante, a possibilidade de sua utilização é legítima e está acobertada pelos ideais fundamentais do Código de Processo Civil vigente, colocando-se como alternativa para, no cenário brasileiro atual de múltiplas falhas sistêmicas e graves bloqueios políticos e institucionais ⁴⁸, lidar adequadamente com os litígios complexos advindos de desastres como a pandemia da COVID-19.

A APLICAÇÃO DOS PROCESSOS ESTRUTURAIS NO CONTEXTO PANDÊMICO NO BRASIL

No caso do Brasil, a descrença social coletiva nas instituições estatais é disseminada ao redor do país em diversos pontos, ainda mais frente a uma crise política, econômica e social como a desencadeada – ou magnificada – pela pandemia da COVID-19. Observado este ponto, o processo coletivo – que já parte do pressuposto de que a sociedade está permanentemente em crise⁴⁹ – demonstra-se mais adequado para lidar com litígios complexos, ainda mais no que tange ao controle de decisões políticas – inseparáveis do contexto atual -, porquanto – de acordo com Jordão Violin⁵⁰ – busca a implementação dos valores constitucionais, assegurando com maior amplitude a concretização de direitos e garantias na medida em que equipara partes individualmente desiguais, proporcionando espaço para debate quanto à transformação eficiente de grandes estruturas.

⁴⁷ JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 91.

⁴⁸ PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 22-23.

⁴⁹ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 152.

⁵⁰ VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013. p. 152.

A tutela objeto dos processos estruturais visa, portanto, a realização de uma alteração estrutural que exige para sua concretização uma nova organização funcional, mudanças de comportamento de agentes envolvidos ou até da sociedade como um todo para a garantia de direitos transindividuais fundamentais não efetivados.⁵¹ Com isso, há nesses processos também maior efetividade sentida pelos grupos afetados, visto que não lhe são características as dificuldades das ações coletivas declaratórias ou indenizatórias de atingimento dos membros do grupo durante a execução.⁵²

Portanto, as reconstruções abarcadas pelo direito dos desastres enquadram-se coerentemente no escopo dos processos estruturais. Não é atoa que o Brasil – atingido pelo rompimento das barragens mineradoras da Barra do Fundão e do Córrego do Feijão no estado de Minas Gerais – teve sua primeira ação denominada estrutural desde sua petição inicial ajuizada pelo Ministério Público Federal em 2019⁵³, cujo objetivo era a implementação de um sistema adequado e independente de fiscalização de barragens, capaz de garantir à sociedade brasileira a confiabilidade dos empreendimentos, bem como o acesso fácil a simplificado às informações de risco deles decorrentes, ou seja, de uma reforma sistêmica à luz do ordenamento jurídico constitucional. O processo em questão culminou em um acordo judicial firmado⁵⁴ entre as partes envolvidas, delineando um plano de

⁵¹ LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural**: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 92.

⁵² YEAZELL, Stephen C. **Civil Procedure**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2008. p. 835.

⁵³ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Petição Inicial da Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listVie.w.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 13/04/2019. Notícia da propositura disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13/04/2019. Petição inicial disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 13 Abr. 2019.

⁵⁴ ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Acordo homologado na Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listVie.w.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 13/04/2019. Notícia da assinatura do acordo disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/uniao-firma-acordo-com-o-mpf-para-anm-fiscalizar-barragens-de->

reestruturação que atendesse o pleiteado.⁵⁵

Dessa maneira, os processos estruturais no Brasil, uma possibilidade processual aventada em casos complexos, foi utilizada expressamente frente aos maiores desastres que afligiram a população nos últimos anos. Por conseguinte, a construção de planos dialogados com o auxílio da jurisdição para a reconstrução sistêmica de instituições colapsadas por que urgem os litígios irradiados, imbuídos de complexidade, do cenário pandêmico tem embasamento teórico internacional e nacional, apresentando-se como uma oportunidade de transformação da realidade social brasileira em meio as circunstâncias caóticas pelas quais se navega.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o cenário pandêmico, como uma situação de crise e de desastre, exalta conflitos já existentes e cria diversos outros, porquanto traz à baila direitos fundamentais em tensão, polarizando e dividindo opiniões, haja vista que diferentes são as violações sentidas em distintas localidades por comunidades diversas. Com isso, existe a clara tendência à emergência de conflitos complexos em que inúmeras circunstâncias, perspectivas e possibilidades precisam ser levadas em consideração para sua efetiva solução.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se a necessidade de permanente transformação do judiciário no intuito de tornar-se hábil para a resolução efetiva, adequada e tempestiva dos casos que chegarem às suas portas, para o que o processo civil serve como instrumento. Desse modo, a pesquisa e desenvolvimento de alternativas voltadas especificamente para lidar com litígios demonstram-se relevantes.

Nesse ponto, surgem como opção os processos estruturais, cujo escopo primordial – em síntese – é a implementação de reformas em sistemas em colapso,

mineraçao-no-pais. Acesso em: 08/12/2019. Acordo disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 08 Dez. 2019.

⁵⁵ LINKE, Micaela Porto Filchtiner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020. p. 267-286.

violando direitos fundamentais reiteradamente em um estado de inconstitucionalidade, sem atuação eficaz dos agentes responsáveis pelos meios típicos, exigindo atuação judicial urgente para a solução da demanda. Esta, irradiada, atinge subgrupos diversos em graus e maneiras distintas, sendo por natureza complexa.

Portanto, pode-se depreender a utilização de processos estruturais para lidar com litígios complexos - inerentes ao atual cenário pandêmico pelas próprias características desse - como uma alternativa eficiente para encontrar soluções de caráter prospectivo, que atuem na resolução da causa do conflito e não de suas consequências de modo duradouro. Ademais, a criação de uma cultura jurídico processual nesse sentido, apresenta-se como opção para evitar parte dos casos individuais em massa que são previstos, desde que aplicados naquelas circunstâncias que se enquadram sob o escopo de reformas estruturais e que beneficiar-se-ão de um procedimento flexibilizado para suas necessidades. Por fim, as profundas mudanças sociais desencadeadas pelo cenário imposto no início de 2020 são impulso para transformações em diversos sistemas e aqueles que aportarem em colapso no judiciário litigiosamente devem ser vistos como oportunidade para a efetivação das necessárias alterações institucionais, de forma que o processo civil sirva para os seus fins fundamentais.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Acordo homologado na Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019. Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 13/04/2019. Notícia da assinatura do acordo disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/uniao-firma-acordo-com-o-mpf-para-anm-fiscalizar-barragens-de-mineracao-no-pais>. Acesso em: 08/12/2019. Acordo disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acordo-anm_mpf.pdf. Acesso em: 08 Dez. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. **Curso de Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p. 132-145.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 7.257/2010**. Brasília: Presidência da República, 2010.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105. Brasília: Senado Federal, 2015.

BRASIL. **Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso 27 Mar. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.212/2020**. Brasília: Presidência da República, 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CASCELLA, Marco; RAJNIK, Michael; CUORNO, Arturo; DULEBOHN, Scott C.; DI NAPOLI, Raffaella. **Features, Evaluation and Treatment Coronavirus (COVID-19)**. Bethesda: StatPearls Publishing LLC, 2020. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK554776/> Acesso em: 07 Abr. 2020.

CHAYES, Abram. The role of the Judge in Public Law Litigation. *In: Harvard Law Review*, volume 89, Maio 1976, número 7, p. 1281-1316.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. 13. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie. **Processo Estrutural**. Palestra *online* ministrada no seu perfil do Instagram e promovida pela Editora Juspodivm, em 27 de março de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=tisgz3Ziv2I>. Acesso em: 2 Maio 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown I, 347 U.S. 483, 1954. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/347us483>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Brown II, 349 U.S. 294, 1955. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1940-1955/349us294>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Dred Scott v. Sandford, 60 U.S. 393, 1857. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/60us393>. Acesso em: 04 Maio 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537, 1896. Disponível em: <https://www.oyez.org/cases/1850-1900/163us537>. Acesso em: 04 Maio 2019.

FISS, Owen M. **Forward: The Forms of Justice**. Harvard Law Review, v. 93, n. 1. Faculty Scholarship Series 1220, 1979. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1220. Acesso em: 12 Maio 2019.

FISS, Owen. **The Law as It Could Be**. Nova Iorque: New York University Press, 2003.

GOLDSTONE, Richard J.; RAY, Brian. The International Legacy of Brown v. Board of Education. In: **35 McGeorge L. Rev. 105**, 2004. (pp. 105-120). p. 105. Disponível em: <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol35/iss1/5>. Acesso em: 13 Maio 2019.

GRAHAM, Barney S.; SULLIVAN, Nancy J. Emerging viral diseases from a vaccinology perspective: preparing for the next pandemic. In: **Nature Immunology**. Vol. 19. Berlin: Springer Nature, 2018.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas Estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

JOBIM, Marco Félix. A previsão das medidas estruturantes no artigo 139, IV, do novo código de Processo Civil brasileiro. **Repercussões do novo CPC – processo coletivo**. ZANETI JR., Hermes. (coord.). Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. O novo processo coletivo para o controle jurisdicional de políticas públicas: breves apontamentos sobre o projeto de lei 8.058/2014. In: **Revista de Processo**, vol. 252/2016, fev/2016, DTR\2016\215, (pp. 275-300).

LIRA, Adriana Costa. **O Processo Coletivo Estrutural: mecanismo de combate ao estado de coisas inconstitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

LINKE, Micaela Porto Filchtner. Processos estruturais como alternativa na proteção de Direitos Socioambientais: uma análise da Ação Civil Pública Estrutural do Córrego do Feijão/MG. In: SARLET, Ingo Wolfgang; BARBOSA, Jeferson Ferreira; LEAL, Augusto Antônio Fontanive; SIQUEIRA, Andressa de Bittencourt (org.). **Direitos fundamentais: os desafios da igualdade e da tecnologia num mundo em transformação**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **As determinações da OMS são vinculantes ao Brasil?** Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/58018/artigo-as-determinacoes-da-oms-sao-vinculantes-ao-brasil-porvalerio-de-oliveira-mazzuoli>. Acesso em: 19 Abr. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Petição Inicial da Ação Civil Pública 1005310-84.2019.4.01.3800**. 5ª Vara Federal Cível da SJMG, Polo ativo: Ministério Público Federal – MPF, Polo passivo: União e Agência Nacional de Mineração – AMN, 2019.

Consulta pública disponível em: <https://pje1g.trf1.jus.br/consultapublica/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=370bf444a2bb13f85882a51972c2a8cb5c0e22752c38b7d6>. Acesso em: 13/04/2019. Notícia da propositura disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/mpf-vai-a-justica-para-obrigar-anm-a-fiscalizar-barragens-inseguras-em-todo-o-pais>. Acesso em: 13/04/2019. Petição inicial disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/acp_anm_uniao-1. Acesso em: 13 Abr. 2019.

MONTEMEZZO, Francielle Pasternak; PIVETTA, Saulo Lindorfer. Aspectos Processuais do Controle Judicial de Políticas Públicas: estudo a partir do problema carcerário do Estado do Paraná. In: **Revista dos Tribunais Sul**, vol. 2/2013, Nov-Dez/2013, DTR\2014\1711, (pp. 15-39).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Novel Coronavirus (2019-nCoV) - SITUATION REPORT – 1 -21 JANUARY 2020**. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200121-sitrep-1-2019-ncov.pdf?sfvrsn=20a99c10_4. Acesso em 28 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Coronavirus disease (COVID-2019) situation reports**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Updated WHO recommendations for international traffic in relation to COVID-19 outbreak**. Disponível em: <https://www.who.int/news-room/articles-detail/updated-who-recommendations-for-international-traffic-in-relation-to-covid-19-outbreak/>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **WHO Director-General's opening remarks at the media briefing on COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020>. Acesso em: 13 Abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Critical preparedness, readiness and response actions for COVID-19**. Disponível em: <https://www.who.int/publications-detail/critical-preparedness-readiness-and-response-actions-for-covid-19>. Acesso em: 05 abr. 2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Regulamento Sanitário Internacional**. 3 ed. 2016. Disponível em: <https://www.who.int/ihr/publications/9789241580496/en/>. Acesso em: 18 Abr. 2020.

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: Análise Crítica da Teoria Processual**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CÔRTEZ, Victor Augusto Passos Villani. As Medidas Estruturantes e a Efetividade das Decisões Judiciais no Ordenamento Jurídico Brasileiro. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Volume XIII. Rio de Janeiro: UERJ, 2014. (pp. 229-258).

PORFIRO, Camila Almeida. **Litígios Estruturais: legitimidade democrática, procedimento e efetividade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

VIOLIN, Jordão. **Protagonismo judiciário e processo coletivo estrutural: O controle jurisdicional de decisões políticas**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo coletivo**. Palestra *online* ministrada na série de eventos Fundamentos do Processo Civil Contemporâneo (FPCC) Convida, em 03 de abril de 2020.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. *In: Revista de Processo*, vol. 284/2018, (pp. 333 – 369).

YEAZELL. Stephen C. **Civil Procedure**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2008.

ZANETI JÚNIOR, HERMES. **Direito Processual dos Desastres**. Palestra *online* ministrada no Grupo de Estudos Araken de Assis (GEAK), coordenado pela Professora Mariângela Guerreiro Milhoranza da Rocha, em 22 de maio de 2020.

56. A NECESSÁRIA ATUAÇÃO DO ESTADO REGULADOR POR MEIO DE MEDIDAS ECONÔMICAS E SOCIAIS URGENTES NO CEARÁ E NO BRASIL – PANDEMIA DE 2020

THE NECESSARY ACTIVITY OF THE REGULATORY STATE THROUGH URGENT ECONOMIC AND SOCIAL MEASURES IN CEARÁ AND BRAZIL - 2020 PANDEMIC



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-56>

Audic Cavalcante Mota Dias¹

RESUMO

O artigo que ora se apresenta tem o objetivo de analisar as condutas do Poder Público em momentos de adversidade, que podem ter origens diversas, que vão, conforme abordado neste trabalho, desde crises sanitárias, até outras de natureza eminentemente econômicas. Os parâmetros utilizados serão a crise econômica de 2008, abordada brevemente e a pandemia em decorrência do novo coronavírus (COVID 19). Por meio de uma análise da legislação do Estado do Ceará e da legislação federal, mostra-se a necessidade da intervenção direta do estado na manutenção da ordem constitucional, sobretudo na vertente social econômica e de saúde pública. A presença do Estado Regulador atua diretamente no contingenciamento de gastos para redimensionar as prioridades públicas. Portanto, estando diante dessas situações, busca-se manter o Poder Público em pleno funcionamento, e atingir os patamares mínimos civilizatórios em alcance por meio da implementação de políticas públicas novas e daquelas já em andamento, conservando direitos e garantias já efetivados. Assim, buscamos debater a responsabilidade do Estado na manutenção da ordem pública, econômica e social. Utilizou-se, para a realização desta pesquisa a metodologia bibliográfica e documental e abordagem qualitativa de natureza teórica.

Palavras chave. Crises mundiais. Responsabilidade social do Estado. Atuação do Poder Estatal. Estado Mínimo. Desenvolvimento humano.

ABSTRACT

The article presented here aims to analyze the behavior of the Public Power in times of adversity, which can have different origins, ranging, as discussed in this work, from health crises, to others of an eminently economic nature. The parameters used will

¹Deputado Estadual. Advogado. Especialista em Direito Tributário. Especialista em Direito Eleitoral. Especialista em Direito Administrativo. Mestrando em Direito Constitucional e Doutorando em Ciências Políticas.

be the economic crisis of 2008, briefly addressed and the pandemic due to the new coronavirus (COVID 19). Through an analysis of the legislation of the State of Ceará and the federal legislation, the need for direct state intervention in the maintenance of constitutional order is shown, especially in the social, economic and public health aspects. The presence of the Regulatory State acts directly in the restriction of expenditures to resize public priorities. Therefore, in the face of these situations, the aim is to keep the Public Power fully operational, and to reach the minimum levels of civilization that can be achieved through the implementation of new public policies and those already in progress, preserving rights and guarantees already in place. Thus, we seek to debate the State's responsibility in maintaining public, economic and social order. Bibliographic and documentary methodology and qualitative approach of theoretical nature were used to carry out this research.

Keywords. World crises. State social responsibility. Performance of the State Power. Minimum State. Human development.

INTRODUÇÃO

O debate sobre a responsabilidade do Estado é constantemente tema de artigos e objeto de estudos acadêmicos. Sua necessidade se mostra evidenciada, principalmente em momentos de adversidade, econômicas, sociais ou sanitárias. Em 2020, a pandemia em decorrência do novo Coronavírus (Covid 19) alertou novamente para a discussão em torno do modelo de atuação do estado.

Na primeira seção, a análise será realizada sob o ponto de vista de duas crises de proporções mundiais, uma econômica ocorrida em 2008 e a segunda, de cunho sanitário. Ao contrário do que acontece com crises econômicas, cujas medidas resolutivas são de cunho fiscal e monetário, crises sanitárias exigem decisões políticas e sociais que englobam proteções mais abrangentes, tanto para resguardar a saúde e os aspectos econômicos.

A abordagem será sobre a perspectiva da avaliação de medidas de impacto econômico e social, não sendo objeto deste artigo as ações do poder público adotadas como política pública na área da saúde no combate à pandemia. Por este motivo, a segunda seção tratará sobre responsabilidade do estado e suas intervenções em âmbito federal e estadual, com enfoque no Estado do Ceará, em uma análise crítica à legislação.

Para didática completa, a atuação do estado como protetor dos direitos e garantias fundamentais, será delimitado para identificar como pode atuar para a

contenção das crises. Assim, na terceira seção um estudo sobre as diferentes correntes de atuação do estado deverão ser levadas em consideração para a presente análise. Os modelos abordados serão o estado mínimo, o estado interventor e o estado regulador.

Trata-se de uma pesquisa pura, haja vista que tem como único fim a ampliação dos conhecimentos, e qualitativa, ao tentar identificar sua aplicação prática. Quanto aos objetivos da pesquisa, esta é apresentada na forma descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado, e exploratória, uma vez que objetiva aprimorar ideias através de informações sobre o tema em foco.

1 CRISES MUNDIAIS: A PANDEMIA DE 2020 E A CRISE ECONÔMICA DE 2008

Todos os estados-nações passam por momentos de dificuldades, seja qual for a natureza das crises, podem ter origens das mais variadas, econômicas, sanitárias e sociais, sem prejuízo de outras com características próprias. São períodos difíceis para todos que as vivenciam, e todas elas demandam um rápido plano de contenção para minimizar seus efeitos negativos. As duas crises objeto deste capítulo foram de proporções mundiais e tiveram consequências sociais e econômicas.

Em contraponto às crises sanitárias, crises econômicas exigem medidas imediatas, urgentes, mas que por sua vez, envolvem outro tipo de método saneador, cujo foco é a estabilidade do sistema financeiro. Nesse artigo, utilizamos o colapso financeiro de 2008 como parâmetro para estudo. A receita de falência e decadência econômica nesse caso ocorreu, quando a demanda por crédito se tornou elevada e os bancos procederam com concessões de empréstimos e financiamentos, na maioria das vezes, sem garantia, em uma espiral descontrolada.

Ao uso constante e fácil do crédito, somado ao peso do compromisso do pagamento das parcelas e de quitação dos débitos perante os bancos, tornou-se de difícil manutenção. Os devedores não conseguiram quitar os compromissos firmados perante os bancos, em paralelo à essa questão, somou-se a isso, a

desvalorização do preço das commodities e sua baixa demanda. Pronto, tem-se a receita do fracasso e a crise econômica de 2008.

Os Estados Unidos, pivô da crise, reagiram imediatamente, e o estado entrou em socorro aos bancos e outras instituições à beira da falência. Independente do motivo, fosse para sanar os efeitos nocivos, fosse para evitar sequelas sociais lembradas pela crise de 1929, novamente tem-se a intervenção do Estado no capital privado.

O Brasil foi diretamente atingido, o que causou, a redução da liquidez internacional e das linhas de crédito, causando, por consequência, a queda do consumo das famílias e um endividamento generalizado. Não apenas o Brasil, mas tendo em vista a grande cadeia globalizada de negócios, todos os países que tinham quaisquer relações comerciais com os Estados Unidos, sofreram sua cota de desvantagens.

Medidas logo tiveram que ser tomadas para contenção da crise, e uma delas foi flexibilizar as regras de mercado para adaptá-las às necessidades de recuperação do sistema financeiro, que se encontrava colapsado. Adaptar porque, facilmente regras de mercado, por exemplo, poderiam ser modificadas para facilitar o fluxo econômico, e inovar porque haveria de se trazer um novo modo de pensar os mercados já existentes, como a reversão do fluxo de capitais. Uma dessas modificações inovadoras foram o modo de negociar os derivativos e a transformação das dívidas das empresas em ativos passíveis de negociação.

No entanto, as que mais se destacam dizem respeito àquelas que contam com a participação direta do Estado, ou seja, as políticas fiscais. No Brasil, as mudanças foram nas áreas fiscal, creditícia e monetária. As mudanças de regras fiscais são imprescindíveis para a recuperação da economia e da confiança dos investidores. O Governo brasileiro inicialmente decidiu aumentar a meta do superávit primário como medida saneadora.

Importante ressaltar que os impactos sociais sofridos em 2008 tiveram natureza diferenciada de crises cujo foco é a questão humanitária, como as sanitárias. São reflexos à causa principal, cujo foco é a atividade econômica, levando a sociedade a sofrer danos como a alta do desemprego, a diminuição de salários e o baixo índice de desenvolvimento humano, sem contar com a desaceleração do

crescimento e a ausência de evolução na pauta ambiental.

Em contraste, a contenção de crises sanitárias tem em primeiro plano, a preocupação sócio humanitária e a manutenção do bem-estar da população, e não obstante, a estabilidade da economia é fator estratégico para possibilitar a busca pelos patamares mínimos civilizatórios. "A materialização dos direitos sociais se dá, portanto, com a efetivação de garantias, para todos os cidadãos, de um nível de instrução, bem-estar e segurança social, equivalentes à necessidade de compensar as desigualdades produzidas, muitas vezes, por fatores econômicos²"

No ano de 2020 iniciou-se uma pandemia, talvez das maiores da história e com certeza a maior do século, apenas equivalente à epidemia de febre espanhola em 1917/18. No final do ano de 2019, a China se deparava com uma nova versão de um já conhecido vírus, que em breve viria a ser conhecido pelo resto do mundo.

A partir de fevereiro de 2020, o Brasil iria experimentar por si só, o quão fatal e avassalador seria essa descoberta. O novo Coronavírus (COVID-19) assim batizado, rapidamente se alastrou por todos os estados brasileiros, exigindo do Poder Público, medidas rápidas e eficazes. Dados do boletim epidemiológico da Secretaria da Saúde do Estado do Ceará, datados de 19 de maio do corrente ano, informavam o total de 16.792 óbitos por Covid 19 no Brasil, 254.220 o número de casos, sendo 26.951 casos e 1.847 óbitos apenas no Estado do Ceará.

2 A RESPONSABILIDADE SOCIAL DO ESTADO E A ATUAÇÃO DO BRASIL E CEARÁ

Em situações como as de crises narradas na seção anterior, a cobrança por respostas vem de imediato. Em âmbito federal, a resposta não foi tão eficaz e rápida. No entanto, em fevereiro ainda, foi editada a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (COVID 19) responsável pelo surto de 2019.

A lei em questão traz diretrizes básicas sobre possíveis ações em combate ao vírus, apesar de ser resumida a definições e conceitos vagos sobre o tema. Sua

² POMPEU, ANDRADE, 2011.

definição mais importante diz respeito quanto à aquisição de bens e insumos na área da saúde realizada com dispensa de licitação³, que, diante das circunstâncias, mostrou-se medida da mais alta importância. Sua razão principal fundamenta-se na celeridade com que os equipamentos de proteção individual – EPIs devem ser adquiridos. Seu uso é fundamental para manter a segurança dos profissionais que atuam na linha de frente do combate à doença.

As regras de isolamento/distanciamento social foram e ainda são, as medidas mais debatidas e objeto de discordância entre Governo Federal e Estados, cujo intuito é a proteção integral à saúde e, apesar de recomendada, em vários momentos pela Organização Mundial da Saúde - OMS. Sua polêmica envolve a paralisação de atividades comerciais e industriais cujo intuito é evitar o contato humano e a circulação de pessoas, devendo permanecer em atividade, durante esse período, apenas atividades consideradas essenciais. Conforme dispõe o autor citado⁴:

Não há dúvidas de que essa paralisação nas atividades econômicas trouxe prejuízos múltiplos aos Estados, notadamente os menos favorecidos, dificultado a sua futura retomada de crescimento. Segundo notícia do jornal El País, um estudo encomendado pela Confederação Nacional de Serviços (CNS) apontou que os efeitos da pandemia do coronavírus e de restrições ao funcionamento de diversas atividades econômicas podem levar a um prejuízo de mais de 320 bilhões à economia brasileira e fazer com que 6,5 milhões de trabalhadores percam seus empregos MAZZUOLI (2020, P. 1-2):

A decisão de suspender as atividades para vários segmentos laborais, exigiu do Poder Público que socorresse, de imediato, os profissionais autônomos e os informais, além dos já inscritos no cadastro assistencial do Programa Bolsa Família de forma diferenciada, suprimindo suas necessidades mais básicas. Dessa forma, o Governo concedeu um auxílio pecuniário emergencial consistindo de três parcelas

³ Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus de que trata esta Lei. (Redação dada pela Medida Provisória nº 926, de 2020)

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da república popular da China**. Revista dos Tribunais Thomson Reuters, v. 23/20, abr. a jun. de 2020

de R\$ 600,00 (seiscentos reais), a serem pagas pelo período de três meses, o qual foi regulamentado pelo Decreto nº 10.316, de 7 de abril de 2020. Em anúncio do Governo Federal, o benefício já atingiu cerca de 46 milhões de pessoas, totalizando um investimento de R\$32,8 (trinta e dois bilhões e 800 milhões de reais).

As funções do poder público delimitam tarefas e são exigidas de ente para ente e pela sociedade:

De mecanismo de contenção do poder, a organização funcional passa, ela própria, a cumprir determinadas tarefas preconizadas mercê da atribuição de novos valores. Com efeito, a comunidade começa a participar, em concertação, mais diretamente nas tomadas e controle de decisão - ou, quando no mínimo, começa a exigir que sejam assim tomadas e controladas - fazendo exsurgir um atuar estatal processualizado; surgem novos espaços de atuação (regionais, nacionais, estaduais, locais), mesmo de criação da aplicação normativa, que estão a exigir controle de parte do Estado. (TOMAZ, DIZ E CALDAS, 2019, p. 4)

Diante da situação, mostrou-se necessária a intervenção do Poder Judiciário, instado a dirimir um conflito de competência. Este se manifestou, por meio do Supremo Tribunal Federal, em decisão cautelar proferida em sede de Ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341, no sentido de que as medidas determinadas pelo Governo Federal, não afastavam a competência de Estados e Municípios para emitir sua própria legislação sobre a matéria.

A fase de contaminação comunitária, o aumento do número de óbitos e a dificuldade de aquisição de equipamentos para a rede hospitalar, foram cruciais para a mudança de atitude dos Estados nas edições de suas normas locais, tendo como ponto de partida a medida de contenção do vírus de maior divergência entre Estados e Governo Federal, qual seja, o isolamento e distanciamento social, já sanado por intermédio judicial realizado por meio do Supremo Tribunal Federal - STF.

Dessa forma, o Estado do Ceará adotou práticas de distanciamento/isolamento social, decidindo pelas orientações das organizações internacionais e pela análise contextual da situação no próprio Estado do Ceará, emitindo, para tanto, várias regulamentações estaduais, iniciando pelo Decreto nº

33.510, de 16 de março de 2020, que decreta situação de emergência em saúde e dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo Coronavírus.

Cumpre, dentre as ações de cunho afirmativa, de atuação estatal, destacar algumas que foram de grande valia para a sociedade, como a Lei nº 17.196, de 03 de abril de 2020, de iniciativa do Executivo Estadual, que se comprometeu de pagar, durante o período emergencial por conta da pandemia do novo Coronavírus (COVID 19), as contas de água e energia da população de baixa renda do Estado. Não apenas da população de baixa renda, mas daqueles alcançados pelo Sistema Integral de Abastecimento Rural – SISAR, ou seja, denotando uma abrangência de enorme significância.

Ato contínuo, outra medida de importante aplicação e socorro imediato à população carente, foi a determinação, também advinda do Poder Executivo, de conceder gás de cozinha à essa parcela da sociedade, constantes dos cadastros federais de benefícios sociais, realizada por meio da Lei nº 17.202, de 08 de abril de 2020. Aproximadamente, segundo dados da Secretaria da Proteção Social, Justiça, Cidadania, Mulheres e Direitos Humanos do Estado do Ceará, 245.966 famílias receberão o benefício.

Quanto à transferência de renda direta, o Estado do Ceará, por meio da Lei nº 17.205, de 17 de abril de 2020 conferiu auxílio em dinheiro para alunos da rede pública estadual de ensino, inclusive as agrícolas, quilombolas, indígenas e escolas de campo, com a intenção exclusiva de adquirir gêneros alimentícios junto aos estabelecimentos comerciais, em apoio direto à essas famílias, beneficiando 423 mil estudantes, de acordo com dados do Governado Estadual.

Nessas duas situações, tem-se o exemplo de recursos alocados para uma ação social saneadora, não planejada previamente, mas de alta relevância, sendo inadiável sua rápida implantação. O investimento não planejado pode, em muitas situações promover o caos na saúde fiscal do poder público, razão de se fazer imprescindível que haja estudo detalhado sobre as somas aplicadas, inclusive com minúcias sobre a utilização da realocação de recursos de outras áreas.

A decisão de decretar Estado de Calamidade Pública atua no sentido de flexibilizar regras referentes ao artigo 65 da Lei de Responsabilidade Fiscal, Lei

complementar nº101, de 04 de maio de 2000, ou seja, dispensando-os do atingimento dos resultados fiscais e das regras de limitação de empenho. Além disso, providências quanto a contratações excepcionais e contratos para aquisição de insumos e equipamentos, foram as ações mais enérgicas. Acompanhando o Ceará, outros Estados da federação tomaram semelhantes medidas, cujo intuito é amenizar estritas regras fiscais e regras de aquisição e contratação sem licitação para dar maior celeridade aos procedimentos.

3 A RESPONSABILIDADE ESTATAL E O ESTADO REGULADOR

As teorias sobre a participação do estado na sociedade e no sistema econômico dos governos tem sido objeto de debates há séculos, despertando acirrados debates tanto daqueles que defendem sua participação ao máximo, quanto daqueles que a defendem minimamente. Sem olvidar dos defensores moderados, que argumentam sua atuação se dê apenas o suficiente quando necessário.

O estado mínimo teve seu conceito inicialmente formulado nos séculos XVIII e XIX e defendia a teoria de participação mínima do estado, agregando adeptos até os dias atuais. Suas ideias de mercados livres e atividades econômicas exercidas por entes privados e desburocratizados podem parecer muito boas e eficazes no que tange aos incentivos de mercado, até o momento em que se faz necessário um ente dotado de competência reguladora para sanar uma situação trazida em momento de colapso e quando as proteções sociais são colocadas à prova.

Diante dessas situações onde o colapso era inevitável e imprevisível, o modelo do estado mínimo se mostraria completamente obsoleto e incapaz de intervir positivamente, visando proteger a todos os cidadãos, a ponto de manter as garantias inarredáveis do estado democrático de direito. Não há compatibilidade no liberalismo extremo com a proteção social buscada quando o interesse da coletividade vai de encontro com os interesses do lucro.

Por outro lado, em sentido oposto, o estado cuja intervenção se mostra presente em todas as esferas de um governo, tampouco se mostrou eficiente em garantir condições de vida adequadas ao tempo em que concede aos mercados a liberdade conveniente para que haja crescimento exponencial. A planificação da

economia, modelo comumente escolhido pelos estados totalitaristas dissocia os fatores essenciais ao crescimento dos mercados, falha que não ocorre em sistemas liberais.

O estado regulador detém não apenas previsão doutrinária e histórica, mas constitucional, disposto no art. 174⁵ da Constituição Federal. A determinação prevê a fiscalização e intervenção do estado quando indispensável for. Na economia por exemplo, a intervenção é realizada comumente quanto às políticas de preços ou para evitar concorrência desleal entre as empresas. A obrigação imposta ao estado, portanto, consiste em atuar como agente normatizador das atividades econômicas.

Independente do regime de governo, concessões inevitavelmente serão realizadas, pelos representantes e pelos representados. Um regime torna-se inadequado quando essas concessões deixam de ser suportadas pela coletividade. Em uma sociedade capitalista, há a competitividade extrema e o bem-estar social é colocado em segundo plano, já no socialismo há a limitação da liberdade e falhas substanciais de crescimento econômico. Nas duas, há limites impostos necessários em prol de um bem comum, cuja escolha de prioridades deve ser feita por um gestor que priorize os bens essenciais. Nas palavras de F. A Hayek:

Os cidadãos serão praticamente unânimes em admitir o exercício de certas funções do estado: acerca de outras, poderá existir o acordo de uma maioria considerável: e assim por diante, até alcançarmos esferas em que, embora cada indivíduo possa desejar que o estado proceda desta ou daquela maneira, as opiniões sobre o que o governo deve fazer serão quase tão numerosas quanto as diferentes pessoas. (HAYEK, 2010, p. 78)

Para corroborar com a afirmação de que a participação de todos é essencial, a Administração Pública sentiu a obrigatoriedade de contingenciar seus próprios gastos para potencializar e otimizar os recursos públicos em uma máxima representação do princípio da eficiência. Não obstante, todas as medidas sociais elencadas neste artigo, como os pagamentos das contas de água e energia,

⁵Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

distribuição de alimentos, e de gás de cozinha e transferência de renda têm elevado custo para o erário e muitas dessas providências emergenciais de auxílio social não constavam no planejamento orçamentário.

A realocação de recursos não pode prejudicar ações sociais que se encontravam em andamento e devem tentar buscar um mecanismo de equilíbrio entre as novas ações e as em curso. Por isso, em ação conjunta dos Poderes Legislativo e Executivo, Defensoria Pública e o Tribunal de Contas do Estado do Ceará encaminharam projeto que culminou com a Lei Complementar nº 215, 17 de abril de 2020 que dispõe sobre medidas para a contenção de gastos públicos dos Poderes Executivo e Legislativo, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública do Estado, durante o período emergencial e de calamidade pública decorrente da pandemia provocada pelo novo Coronavírus.

Não obstante, a transparência é o principal mecanismo de acompanhamento dos gastos públicos e das contratações com regras especiais para o período de pandemia. Dados do site Transparência Internacional, de maio de 2020, trazem o Estado do Ceará em quinto lugar no ranking de transparência em contratações emergenciais contando com 73,4 pontos na categoria "bom". O primeiro lugar ficou com o Estado do Espírito Santo, e o último, com o Estado de Roraima.

Fato é, como demonstrado na seção anterior, onde crises foram enumeradas, que a presença de um ente maior é fundamental em diversas situações, principalmente quando a necessidade faz gritar aqueles que são mais vulneráveis, exigindo uma posição ativa do poder responsável. Esse, aliás, é um dos dilemas trazidos com o colapso sanitário de 2020, que não apenas em números foi mais danoso ao mundo, mas por sua exigência de soluções aos governos para garantir os meios de subsistência da sociedade, contenção da disseminação do vírus e medidas de manutenção e recuperação da economia, tudo isso realizado de forma concomitante.

Tem-se como exemplo dado na seção anterior, a crise econômica de 2008 que teve reflexo direto na qualidade de vida dos cidadãos, com fechamento dos comércios, desemprego em alta, baixa do crédito e a consequente queda do consumo e da qualidade de vida das pessoas. Isso tudo em um cenário social com alto índice de pobreza. Ou seja, essa parcela da sociedade não tinha como apresentar

recuperação econômica pois sequer tinha saído de sua situação de extrema vulnerabilidade. "A regulamentação do Estado, tanto no âmbito nacional quanto no âmbito internacional também pode desempenhar um papel importante na solução do dilema do crescimento⁶".

Vale ressaltar que as situações recentemente vividas pelos estados colocam à prova conceitos extremos sobre a visão ultra capitalista, evidenciada por alguns cientistas políticos, como Robert Reich, e chamada pelo autor de supercapitalismo. Nessa teoria que evidencia o que há de mais liberal, e prega pelo estado mínimo e maximização dos lucros, ao se deparar com uma crise, o capital desaparece de cena, cabendo a humanização da situação ao estado regulador.

No sistema ultra liberal, devido à falta da presença do estado quando necessário intervir, há as chamadas falhas de proteção. Exemplos são como quando há empresas que realizam aquisições e fusões de mercados, com tamanha liberdade, umas sobre as outras, que em dado momento o consumidor se vê desamparado quando da perseguição de seus direitos em ações regressivas que não tem fim. Outro exemplo são as empresas de seguro quando adquirem outras, ou as empresas de resseguro. Assim, mais uma vez se faz necessário a presença de uma regulação por parte de um ente estatal que proteja o lado mais vulnerável da relação comercial e da qual sem sua contribuição financeira, sequer existiria.

Assegurar direitos mínimos essenciais àqueles que não dispõem de condições econômicas para tanto, tem sido uma tarefa estatal de caráter intervencionista, que conta com a presença do estado. Já instituir diretrizes norteadoras de contenção de crises, às quais nos referimos na seção anterior são as ações normativas típicas de um estado que somente aparece quando sua presença é de alguma forma requisitada, como para regulamentar ações imprescindíveis:

O Estado, como mecanismo de ação coletiva que viabiliza a tarefa de intervir ou liberalizar a economia, depende de instituições fortalecidas, capazes de resguardar os direitos da sociedade e aptas a promover o desenvolvimento econômico. Ao definir valores e normas sociais, as instituições acabam por

⁶ YUNUS, M. Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo. São Paulo: Ática, 2008

determinar o comportamento social e a condução da economia. As instituições, portanto, na medida em que se encontram inseridas na estrutura econômica e social, refletem uma cultura social muito específica, que as legitima e delinea os objetivos políticos, de modo a se adequarem a realidade nacional e a engendrar estratégias de desenvolvimento. (POMPEU, ANDRADE, 2011, p. 16).

Apesar das correntes contra e a favor, nem para o estado mínimo nem para o regulador, a presença estatal é inexistente ou utópica, mas sim, mínima, na pura acepção da palavra, mantendo suas funções essenciais, para o primeiro, e moderada, para o segundo. O conceito fundamental é que a noção de proteção social deve estar em congruência com os ideais defendidos por uma doutrina que seja comum a todos, abrangendo todas as parcelas da sociedade, com foco nas mais vulneráveis.

Assim, a regulação dos serviços essenciais nesse modelo estatal, pertence ao poder público que a exerce por meio de suas agências reguladoras ou a depender do sistema programático escolhido. Serviços como o fornecimento de energia elétrica, o abastecimento de água potável e a comercialização de gás são os exemplos mais próximos da realidade brasileira. A concessão desses benefícios pelo poder público à população de baixa renda durante a pandemia de Covid 19, veio como forte instrumento utilizado pelo estado regulador a quem precisava.

A discussão torna-se mais profunda quando se tem a competência exclusiva do estado em serviços como segurança pública e saúde. Privatizar esses serviços poderia retirar da sociedade um direito elementar mais básico àqueles que não podem arcar com seus custos, mas que os arcam quando da tributação obrigatória. Essa realidade apenas pode se tornar viável quando o padrão de qualidade de vida e a distribuição de renda dos cidadãos é suficiente para garantir-lhes uma vida digna, assegurado os patamares mínimos civilizatórios.

A titularidade desses serviços, portanto, pela observância da supremacia do interesse público não poderia pertencer a outro ente que não fosse de domínio público, cabendo a concessão, e não a privatização da exploração desses serviços, e não sua transferência total. Dessa maneira, o poder de interromper a adoção de condutas incompatíveis com a coletividade continua sendo do poder maior, aquele a quem cumpre zelar pela proteção social: o estado.

CONCLUSÃO

A capacidade de adaptação da sociedade e do poder público mostram-se, em situações difíceis enfrentadas por um estado, a força de recuperação de um povo e o quanto o seu modelo de estado escolhido se encontra adequado à resposta encontrada por este aos anseios de seu povo. O que se leva dessas experiências devem servir de orientação para gerações futuras e de aprendizado constante para as decisões de saneamento do difícil momento atual.

Dessa forma, as ações dos Estados brasileiros e do Governo Federal foram fundamentais para adequar medidas à efetividade prática a presença do estado regulador tem se mostrado não apenas eficaz como imprescindível. Portanto, dois aspectos devem ser considerados para o fator sucesso de recuperação: a proteção do bem-estar social e a contenção do fator disseminador da crise, que, em 2020, foi causada por um vírus de proporções mundiais.

Defender a atividade reguladora do estado e não sua presença mínima significa diante do exposto na análise deste artigo, que sua presença ativa na elaboração de regulamentos e diretrizes, salvaguarda as disposições constitucionais. Estas devem ser capazes de assegurar o fortalecimento da sociedade e a efetividade das medidas adotadas, não bastando sua disposição no plano abstrato, mas sua aplicabilidade prática. A concessão de benefícios que asseguram direitos envolvem custos e responsabilidades àqueles que a concedem e aos que dela se beneficiam.

REFÊRENCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2020.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Publicado do DOU em 07 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.316, de 07 de abril de 2020. Regulamenta a Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020, que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19). Brasília, 07 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6341. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 24 de março de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 26 mar. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 20 maio 2020.

CEARÁ (Estado). Lei Complementar nº 215, de 17 de abril de 2020. Dispõe sobre medidas para a contenção de gastos públicos dos Poderes Executivo e Legislativo, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública do Estado, durante o período emergencial e de calamidade pública decorrente da pandemia provocada pelo novo Coronavírus. Fortaleza, CE, 17 abr. 2020.

CEARÁ. (Estado). Decreto nº 33.510, de 16 de março de 2020. Decreta situação de emergência em saúde e dispõe sobre medidas para enfrentamento e contenção da infecção humana pelo novo Coronavírus. Fortaleza, CE, 16 mar. 2020.

CEARÁ. Assembleia Legislativa. Decreto Legislativo nº 33.545, de 08 de abril de 2020. Reconhece, para os fins do disposto no art. 65 da lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública nos municípios que indica. Fortaleza, CE, 08 abr. 2020.

CEARÁ (Estado). Lei nº 17.196, de 03 de abril de 2020. Autoriza o poder executivo a pagar, durante o período emergencial de enfrentamento ao novo Coronavírus, as contas de água e esgoto e de energia de consumidores de baixa renda que residam no Estado. Fortaleza, CE, 03 abr. 2020.

CEARÁ (Estado). Lei nº 17.202, de 08 de abril de 2020. Autoriza o poder executivo a adquirir e distribuir gás em botijão às famílias em situação de maior vulnerabilidade social do Estado do Ceará, durante o estado de calamidade pública ocasionado pela pandemia do novo Coronavírus. Fortaleza, CE, 08 abr. 2020.

CEARÁ (Estado). Lei nº 17.205, de 17 de abril de 2020. Autoriza o Poder Executivo a pagar às famílias de alunos da rede pública estadual de ensino auxílio em dinheiro para aquisição de produtos alimentícios, buscando garantir a esse corpo discente condições mínimas de alimentação durante o estado de calamidade pública reconhecido em âmbito estadual por conta da pandemia do novo Coronavírus. Fortaleza, CE, 19 abr. 2020.

GOVERNO do Brasil. **Auxílio Emergencial já beneficiou mais de 46 milhões de brasileiros.** Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2020/04/auxilio-emergencial-ja-beneficiou-mais-de-46-milhoes-de-brasileiros>. Acesso em: 22 maio 2020.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão.** São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Responsabilidade internacional dos estados por epidemias e pandemias transnacionais: o caso da Covid-19 provinda da república popular da China.** Revista dos Tribunais Thomson Reuters, v. 23/20, abr. a jun. de 2020.

POMPEU, Gina Vidal Marcilio; ANDRADE, Mariana Dionísio de. **Ayn Rand revisitada e a materialização dos direitos sociais.** E56A ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 20., 2011, Belo Horizonte. Anais do XX Encontro Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

RAWLS, John. **O liberalismo político.** 2. ed. São Paulo: Ática, 2000

REICH, Robert B. **Supercapitalismo, como o capitalismo tem transformado os negócios, a democracia e o cotidiano.** Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2008.

SAÚDE, Secretaria da. **Boletim epidemiológico.** Disponível em: <https://coronavirus.ceara.gov.br/boletins/>. Acesso em: 24 maio 2020.

SECRETARIA DA PROTEÇÃO SOCIAL, JUSTIÇA, CIDADANIA, MULHERES E DIREITOS HUMANO. Vale-Gás: Governo do Ceará publica relação de beneficiados. Disponível em: <https://www.ceara.gov.br/2020/05/06/vale-gas-governo-do-ceara-publica-relacao-de-beneficiados/>. Acesso em: 22 maio 2020.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL (org.). **Ranking de transparência em contratações emergenciais.** Disponível em: <https://transparenciainternacional.org.br/ranking/>. Acesso em: 24 maio 2020.

TOMAZ, Carlos Alberto Simões de; DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes. "Governo versus Jurisdição": aportes para compreensão da crise nas democracias contemporâneas. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 3 p.4, 2019.

YUNUS, M. **Um mundo sem pobreza: a empresa social e o futuro do capitalismo.** São Paulo: Ática, 2008

PARTE XII

DIREITOS FUNDAMENTAIS, ANTROPOCENTRISMO E ECOCENTRISMO, DIANTE DA

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

57. EMERGÊNCIA DOS DIREITOS DA NATUREZA À LUZ DO ECOCENTRISMO: UMA MIRADA DECOLONIAL FRENTE AO RETROCESSO AMBIENTAL

EMERGENCE OF THE RIGHTS OF NATURE IN THE LIGHT OF ECOCENTRISM: A DECOLONIAL LOOK AT THE ENVIRONMENTAL REGRESSION



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-57>

Marcia Maria dos Santos Souza Fernandes¹

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima²

RESUMO

A pesquisa tem o objetivo de abordar a discussão da positivação dos direitos da Natureza e a sua interface com o processo de colonização na América Latina que influenciou a formação do pensamento jurídico à luz de uma matriz eurocêntrica e antropocêntrica. Busca-se demonstrar o caráter insurgente e decolonial dos direitos da Natureza a partir da emancipação dos povos originários com a valorização da sua cosmovisão indígena, que é incorporada nas constituições do Equador de 2008 (com o reconhecimento expresso dos direitos da Natureza) e da Bolívia de 2009 (com a inserção do Buen Vivir/ Vivir Bien no texto da constitucional). Estuda-se como os direitos da Natureza têm sido abordados no Brasil à luz da teoria dos direitos fundamentais e investiga-se a relevância no giro ecocêntrico no enfrentamento do retrocesso ambiental e como reforço à proibição de retrocesso. A abordagem da pesquisa é qualitativa quanto ao tipo, com natureza exploratória, descritiva e crítica das posições doutrinárias abordadas. Opta-se pela abordagem do método dedutivo utilizando-se procedimento comparativo e as técnicas de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

Palavras-chave: Direitos da Natureza. Ecocentrismo. Decolonialidade.

ABSTRACT

The research aims to address the discussion of the positivization of the rights of Nature and its interface with the colonization process in Latin America that influenced the formation of legal thinking in the light of a Eurocentric and anthropocentric matrix. It seeks to demonstrate the insurgent and decolonial nature

¹ Mestranda pelo Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional Público e Teoria Política da Universidade de Fortaleza (CAPES 6). Pesquisadora pela Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico, membro do Grupo de Pesquisa REPJAAL/UNIFOR (Relações Econômicas, Políticas, Ambientais e Jurídicas na América Latina), e do Grupo de Pesquisa História, Direito, Jurisdição Constitucional e Teoria Política (PPGD/UNIFOR). E-mail: marciamssfernandes@unifor.br

² Doutor em Direito pela Universidade de Frankfurt, Professor do Mestrado e Doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e Procurador-geral do município de Fortaleza

of Nature's rights based on the emancipation of native peoples with the enhancement of their indigenous worldview, which is incorporated in the constitutions of Ecuador 2008 (with the express recognition of the rights of Nature) and Bolivia 2009 (with the insertion of *Buen Vivir / Vivir Bien* in the constitutional text). It studies how the rights of Nature have been approached in Brazil in the light of the theory of fundamental rights and investigates the relevance in the ecocentric turn in facing the environmental setback and as reinforcement to the setback prohibition. The research approach is qualitative in terms of type, with an exploratory, descriptive and critical nature of the doctrinal positions addressed. We opted for the deductive method approach using a comparative procedure and national and foreign bibliographic research techniques.

Keywords: Rights of Nature. Ecocentrism. Decoloniality.

INTRODUÇÃO

A formação do pensamento jurídico na América Latina conduz a uma investigação acerca dos elementos que podem ter influenciado essa formação, sendo um deles o processo de colonização. No presente trabalho busca-se investigar a origem do pensamento antropocêntrico que forjou o conhecimento e as bases epistemológicas das construções jurídicas trilhando-se, inicialmente os percursos históricos do processo de colonização na América Latina. Nesse percurso tem-se como referência predominante as contribuições teóricas de Antônio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazo, assim como de cientistas ligados às ciências sociais, como Aníbal Quijano, Nelson Torres-Maldonado e Fernando Huanacuni Mamani, os quais abordam aspectos do pensamento decolonial e emancipador.

Em seguida faz-se um estudo de algumas contribuições filosóficas de pensadores do século XVI, precisamente René Descartes e Francis Bacon na formação do alicerce epistemológico que forjou a produção do saber à luz de uma perspectiva antropocêntrica, a qual repercutiu na ciência jurídica, estabelecendo categorias e instrumentos normativos pautados na experiência eurocêntrica.

Apresenta-se o reconhecimento dos direitos da Natureza como resultado de um movimento de insurgência, nascido nos andes, e que resultou na positivação expressa dos mesmos na Constituição do Equador 2008, assim como da inserção das cosmovisões andinas do *Buen vivir/Vivir bien* na constituição da Bolívia de 2009. Estuda-se também o campo de irradiação dessas consagrações constitucionais

para a esfera jurídica e verifica-se como os primeiros *lide cases* julgados por instâncias judiciais no Equador e pela Corte constitucional colombiana, atuaram no enfrentamento às agressões ambientais e impuseram ao poder público o poder dever de zelar pela integridade ecológica da Natureza, assegurando o equilíbrio e um ambiente são a todos os seres, humanos e não humanos, alvos do retrocesso ambiental que impera na contemporaneidade. Aborda-se, o estudo dos direitos da Natureza e o giro ecocêntrico no Brasil, investigando-se o pensamento de Germana de Oliveira Moraes e a abordagem feita à luz do princípio da dignidade humana, do qual decorre a dimensão ecológica, firmada por Ingo Wolfgang Sarlet e Thiago Fensterseifer.

A abordagem da pesquisa é qualitativa quanto ao tipo, com natureza exploratória, descritiva e crítica das posições doutrinárias abordadas. Opta-se pela abordagem do método dedutivo utilizando-se procedimento comparativo e as técnicas de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira.

1 O PROCESSO DE COLONIZAÇÃO NA AMÉRICA LATINA, O RANÇO COLONIAL E ANTROPOCÊNTRICO NA CIÊNCIA JURÍDICA

Abya Yala ("terra de maturidade plena, em permanente juventude", "terra nobre, que acolhe a todos")³ era o nome utilizado pelos povos pré-coloniais para identificar o território que hoje é conhecido por América Latina. Como asseveram Antônio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazo, não há uma, mas inúmeras histórias da terra de *Abya Yala*, as quais remontam a milhares de anos e narram trajetórias da existência dos povos ancestrais do continente e que revelam nas suas tradições a produção e reprodução da vida e da comunidade, à luz das suas cosmovisões.⁴

Havia uma numerosa população originária nas diferentes regiões de *Abya Yala* quando chegaram os colonizadores, espanhóis, portugueses, ingleses e franceses,

³ HUANACUNI MAMANI, Fernando. *VIVIR BIEN/BUEN VIVIR* Filosofía, Políticas, Estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales. La Paz Bolívia: Instituto Internacional de Integración, 6ª edição, 2015. Pagina 27

⁴ WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZO, Débora. "Cenários da Cultura Jurídica de *Abya Yala*: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes". *Abya-Yala Revista sobre Acesso à Justiça e Direito nas Américas*. v.1 n.2 2017, Brasília, Universidade de Brasília, p. 36-66. PÁGINA 37.

por volta de 1492. Fernando Mamamani apresenta estimativas no ano de 1570 em torno de 10 milhões de índios e indica que o percentual de redução dessa população, poderia variar de acordo com a estimativa de povos indígenas existentes no ano de 1.492. Explica que estudos científicos norte-americanos apontavam uma quantidade de 75 a 100 milhões de índios, ao passo que estudos mais moderados indicavam que a população originária era de 20 milhões de povos originários. De qualquer forma, de 1.492 a 1.570, houve uma redução demográfica considerável imposta, segundo o autor, pela cruz e pela espada.⁵ A extinção desses povos diz respeito também à supressão da sua forma de ser e viver.

Daniel Araújo Valença dirá que, antes da chegada dos colonizadores, as comunidades indígenas conformavam sociabilidades com regimes de economia natural, no qual a divisão do trabalho se dava em razão do sexo e da idade e que a produção estava voltada ao consumo imediato, apenas ocorrendo de forma rara ou ocasional o regime de trocas, o que configurava um baixo desenvolvimento das forças produtivas e uma formação social sem Estado e classes sociais definidas.⁶

A chegada do colonizador muda esse cenário, tanto no que diz respeito à formação de um Estado, como no que diz respeito à práticas extrativistas que, segundo Carlos Walter Porto-Gonçalves, permitiram à Europa e ao Atlântico Norte a centralidade na geopolítica mundial e sustentaram o modo de vida europeu e a expansão do capitalismo.⁷

A dominação que exerce um grupo humano sobre uma nação e território é o que se entende por colonização. Um processo que pode se dar de forma pacífica ou violenta e que envolve diversos aspectos que vão desde o caráter econômico, político, militar até o epistêmico segundo Fernando Hunacuni Mamamni.⁸

No caso da América Latina, Aníbal Quijano, tratará da colonialidade e do eurocentrismo nesse território a partir de uma abordagem sobre o conceito de raça forjado inicialmente e provavelmente como referência às distinções fenotípicas entre

⁵ HUANACUNI MAMANI, op. cit., 2015, p. 32.

⁶ ARAUJO VALENÇA, Daniel. De Costas para o Império: o Estado Plurinacional da Bolívia e a luta pelo socialismo comunitário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁷ PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. "Ou inventamos ou Erramos: encruzilhadas da integração regional-sul americana". In. REGO VIANA, André, SILVA BARROS, Pedro, BOJIKIAN CALIXTRE, André (org): Governança Global e Integração da América do Sul, Brasília: IPEA, 2011, p. 133.

⁸ HUNACUNI MAMANI, Fernando. Op. cit. 2015, p. 65.

conquistadores e conquistados, e que irá gerar categorias como índio, negro, mestiço, dentre outros, assim como os termos "espanhol", "português" e "europeu" igualmente como uma categoria racial. O conceito de raça é, portanto uma categoria mental da modernidade que será utilizada posteriormente como elemento de submissão de um povo sobre outro.

Na América, a ideia de raça foi uma forma de conferir legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista. A subsequente constituição da Europa como uma nova (id)entidade após a América e a expansão do colonialismo europeu pelo resto do mundo levou à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização destas relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus.⁹

A perspectiva eurocêntrica do conhecimento a que se reportam, Antônio Carlos Wolkmer e Débora Ferrazo, é aquela oriunda da matriz colonial e no que diz respeito ao direito, recebe a influência das "tradições romanística, canônica e germânica, secularizadas e unificadas no reinado dos Reis Católicos", tradições estas que irão reger as relações entre metrópoles e colônias espanholas na América. Assim é que nos processo de colonização lusitana percebe-se o peso das Ordenações Reais (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) recaindo sobre as legislações tradicionais então vigentes, sendo que as fontes plurais emergentes, como a cultura jurídica marcada pelo ideário humanista, presente na visão de teólogos juristas, permanecem influenciando legislações especiais como as Leyes de Índias, ou seja, aquelas legislações promulgadas pelos monarcas espanhóis para regular a vida social, política e econômica nos territórios coloniais das monarquias hispânicas.¹⁰

A consolidação da epistemologia eurocêntrica no Brasil teve como fundamento um paradigma de conquista que se utilizou da violência para justificar a intromissão do pensamento estrangeiro. Logo, já constituído, projeta-se como

⁹ QUIJANO, Aníbal. "Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina". Espacio Abierto. V. 28. N. 1. 2019, Venezuela, p. 255-301.

¹⁰ WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZO, Débora, Op. cit., 2017, p. 42

obstáculo na compreensão da realidade latino-americana. Ao reclamar conhecimentos de fora do continente, define como inválida qualquer episteme que esteja fora dos alcances do saber.¹¹

Um segundo momento da cultura jurídica na América Latina que diz respeito ao período pós-independência, no início do século XIX, cujos efeitos se limitaram muito mais a reestruturação nas relações com Espanha e Portugal do que numa ruptura significativa na ordem social. Ao contrário, rememoram que gradativamente foram sendo incorporados e adaptados princípios da doutrina liberal-individualista, da filosofia positivista e do ideário econômico capitalista.

A influência da razão iluminista cimentada na autonomia da vontade que é o alicerce da dignidade da natureza humana e de toda a natureza raciocinante, como defende o Immanuel Kant¹², o determinismo cartesiano e a física baconiana que prega a separação total entre Natureza e o ser humano, de forma que este possa melhor desvendar os seus mistérios e assim subjuga-la e dominá-la¹³ influenciaram o campo do conhecimento e irradiaram suas premissas antropocêntricas ao pensamento jurídico.

As categorias jurídicas forjadas à luz de uma matriz eurocentrada revelam assim uma função colonizadora do próprio discurso jurídico que adota a formação dos Estados-nação e seus elementos constitutivos como as constituições escritas, o monismo estatal, discursos jurídicos notadamente antropocêntricos e individualistas, proeminência da propriedade privada, dentre outros elementos, os quais substituem os diversos sistemas e cosmovisão pré-coloniais.¹⁴

Nesse sentido as cosmovisões andinas pré-existentes são subjugadas sob o olhar eurocentrado, taxadas de primitivas e assim relegadas a um plano de invisibilidade, pois como assevera Boaventura de Sousa Santos “Na modernidade ocidental não há humanidades sem sub-humanidades. Na raiz da diferença

¹¹ SOUZA LIMA, José Edmilson de. COVAIA KOSOP, Roberto José. “Giro decolonial e o Direito: para além das amarras coloniais”. Revista Direito e Práxis, V. 10. N. 4, 2019, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, p. 2596-2619.

¹² KANT, Immanuel. “Crítica da Razão Prática”. Petrópolis: Vozes, 2016.

¹³ BACON, Francis. Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Trad. José Aluísio Reis de Andrade. Virtual Books, 2003.

¹⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. FERRAZO, Débora. Op. cit, 2017, p.46

epistemológica há uma diferença ontológica"¹⁵.

Essa reflexão se associa ao conceito de colonialidade do ser proposto por Maldonado-Torres para quem "Este *ser-colonizado* emerge quando poder e pensamento se tornam mecanismos de exclusão", o que não é determinada, segundo o mesmo autor, por um autor ou filósofo, "mas é antes de tudo o produto da modernidade/colonialidade na sua íntima relação com a colonialidade do poder, com a colonialidade do saber e com a própria colonialidade do ser."¹⁶

A esse despeito Juliana Moreira Streva¹⁷ refletindo sobre o pensamento de Santiago Castro-Goméz afirma que a espoliação colonial passa a ser legitimada por um imaginário que estabelece profundas diferenças entre o colonizador (soberano) e o colonizado (súdito), como se fossem opostos, enquanto o segundo é caracterizado como vinculado ao mal, à barbárie e à selvageria, o primeiro é associado às marcas identitárias da bondade, racionalidade, limpeza e civilização.

Uma questão que parece que se sobressai nessas reflexões diz respeito à credibilidade e validade, pois somente a ciência ou o saber produzido à luz de uma matriz eurocêntrica são aceitos como verdadeiros, como válidos e até confiáveis, posto que oriundos de um povo, de uma raça que se percebe ou se autointitula superior aos chamados, "bárbaros" existentes no sul global cujos métodos de produção de saber, estão aquém daqueles definidos pela racionalidade cartesiana.

Tal visão que reverberou para a ciência jurídica que, por sua vez, abriu caminhos à instrumentalização da Natureza ao se consolidar em bases privatistas, individualistas e legitimadoras da concentração de poder e exclusão, ao legitimar um pensamento racional, fragmentado, individualista e eminentemente privatista, como defende Mumta Ito.¹⁸

¹⁵ SOUSA SANTOS, Boaventura de. O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 1. ed. 2019, p. 42.

¹⁶ TORRES-MALDONADO, Nelson. "A topologia do Ser e a geopolítica do conhecimento. Modernidade, império e colonialidade". Tradução Inês Martins Ferreira. Revista Crítica de Ciências Sociais. n.80 2008. Coimbra. Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra. p. 71-114

¹⁷ STREVA, Juliana Moreira. "Colonialidade do Ser e Corporalidade: o racismo brasileiro por uma lente descolonial". Revista Antropolítica. N. 40. 2016. Niterói-RJ. Universidade Federal Fluminense. p. 20-53.

¹⁸ ITO, Mumta. "Nature's Rights: Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve its 2050 Vision". In LA FOLLETE, Cameron, MASER, Chris (Coord): Sustainability and Rights of Nature. New York: Taylor and Francis, 1ªed.,2019, pp. 331-330.

O giro decolonial diz respeito questionar essas vertentes do discurso que hegemônico que impregna o discurso jurídico ao mesmo tempo em que “se propõe a destacar a autonomia e as condições do ator social subalterno” no sentido de torná-lo um agente de mediações múltiplas dentro de seu contexto social.¹⁹

Nesse sentido é que Antonio Carillos Wolkmer e Débora Ferrazo afirmam que a cultura jurídica na América Latina só pode ser compreendida como resultado de múltiplos fatores, mas especialmente a proeminência da lógica da colonização, exploração e exclusão de inúmeros seguimentos sociais.²⁰

2 O GIRO ECOCÊNTRICO E OS DIREITOS DA NATUREZA: INSURGÊNCIA E REFORÇO À PROIBIÇÃO DE RETROCESSO AMBIENTAL

Considerando que a construção do pensamento jurídico na América Latina nos últimos séculos foi também reflexo da visão hegemônica e eurocêntrica difundida no processo de colonização, a tessitura de uma nova matriz constitucional que redefine as estruturas de poder institucional e permite a ampliação no catálogo de direitos a partir de uma perspectiva ecocêntrica ou não antropocêntrica, se ergue como um importante movimento decolonial, de insurgência e se coloca como uma das frentes fundamentais, no âmbito do direito, no enfrentamento ao retrocesso ambiental.

Isso porque, foi à luz das tradições dos povos originários da América Latina, das suas lutas e reivindicações tanto no que diz respeito à melhoria das condições de vida, como no que diz respeito ao tratamento dado pelos seres humanos à Natureza sob o manto de éticas antropocêntricas, que se deu a positivação dos direitos da Natureza pela primeira vez e de forma expressa em um texto constitucional. Essa positivação aconteceu na constituição do Equador de 2008, por meio dos artigos 10 e 71 e seguintes. No artigo a carta constitucional reconhece a pluralidade de sujeitos e expressões culturais de existência ao mesmo tempo em que expressamente atribui a subjetividade jurídica à Natureza no que diz respeito aos direitos reconhecidos na Constituição:

¹⁹ SOUZA LIMA, José Edmilson de. COVAIA KOSOCOP, Roberto José. Op. cit. 2019, p. 2604.

²⁰ Ibid., 2017, p. 47.

Art. 10.- Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.

O artigo 71 da Constituição equatoriana ao tempo em que reafirma o direito da Natureza quanto à existência, à manutenção e regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, funções e processo evolutivos, reconhece também a cosmovisão andina da relação com a Pachamama, cujo sentido e significado na visão indígena diz respeito ao Todo em permanente evolução com a ideia de interconexão entre todos os seres, que habitam o planeta e o cosmos, formando uma unidade, como afirma Pablo Solón²¹. Tal percepção rompe com a ideia antropocêntrica de separação entre o ser humano e a Natureza, da mesma maneira em que coloca a Pachamama inserida em um contexto ambiental e territorial.²²

Assim como o Equador, a Bolívia também trouxe importantes contribuições quanto ao reconhecimento do direitos da Natureza, na medida em que resgata para o campo constitucional as cosmovisões andinas, de onde se originam esse respeito à Natureza pelo seu valor intrínseco. São as filosofias do *buen vivir/vivir bien*, cujo sentido e significado têm as especificidades dos respectivos povos indígenas, conforme Fernando Huanacuni Mamani, mas que são assertivas no horizonte comum de propor um novo padrão de relação entre os seres e um novo padrão de desenvolvimento que o autor chama de “um paradigma ancestral comunitário” no qual, o horizonte da Harmonia com a Natureza é o eixo comum entre todas as nações indígenas.²³

A constituição da Bolívia de 2009 não consagrou expressamente os direitos da Natureza em seu texto constitucional, porém, estabeleceu no preâmbulo e no capítulo que trata dos princípios, valores e fins do Estado o *buen vivir* (suma qamaña) e a harmonia com a natureza como princípios éticos-morais da sociedade plural.

²¹ SOLON, Pablo. Alternativas sistêmicas: bem viver, decrescimento, comum, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra desglobalização. São Paulo: Editora Elefante. 2019.

²² GUDYNAS, Eduardo. Direitos da Natureza. Ética biocêntrica e políticas ambientais. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Elefante. 2019, p. 143.

²³ HUNACUNI MAMAMNI, Fernando. op cit., 2015, p. 74

Todavia, por meio de lei infraconstitucional, a Ley Marco de La Madre Tierra Y Desarrollo Integral para Vivir Bien n.º 300 de 15 de outubro de 2012, positivou os direitos da Natureza. Vale ressaltar que esse reconhecimento se deu após a mobilização dos povos andinos na Conferência Mundial dos Povos sobre Mudanças Climáticas ocorrida na Bolívia, nos dias 19 a 22 de abril de 2010, na qual se propôs a Declaração Universal dos Direitos da Mãe Terra²⁴. Mais uma vez as nações indígenas se reúnem para abordar a relevância de se olhar para a Natureza, não mais de forma instrumental.

O reconhecimento dos direitos da Natureza no Equador viabilizou manifestações no campo jurídico para proteção e defesa da Natureza, assim como para assegurar um ambiente saudável aos seres humanos e não humanos. O primeiro caso registrado na literatura é do Rio Vilcabamba, no município de Loja, no Equador, o ano de 2010. Ali, relata Germana de Oliveira Moraes, o poder público, ao construir uma estrada, sem o devido estudo de impacto ambiental, passou a utilizar as margens do rio para depositar pedras e outros materiais de escavação, decorrentes da obra, o que causou um grande desequilíbrio com o aumento do volume das águas que, por sua vez, provocaram enchentes nos terrenos próximos ao longo do rio.²⁵

A ação foi julgada procedente, com o expresse reconhecimento dos direitos da Natureza, e do direito de fluidez do rio, no sentido de que ele pudesse seguir o seu natural fluxo, com a proibição de ações antrópicas que desestabilizassem o clima da Terra, impondo respeito ao valor intrínseco de todos os seres vivos. Na sentença, também são impostas ações imediatas para frear o dano, como determinação de limpeza do solo contaminado por combustível, a providência de um local adequado para despejo do material resultante da escavação e o plano de remediação e reabilitação das áreas afetadas nos rios e nas propriedades dos camponeses, dentre

²⁴ BOLÍVIA, LEY MARCO DE LA MADRE TIERRA Y DESARROLLO INTEGRAL PARA VIVIR BIEN, Ley n.º 300, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.mmaya.gob.bo/marco-legal/leyes-y-normas/>

²⁵ OLIVEIRA MORAES, Germana de. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama. Fortaleza:Edições UFC, 2018.

ouras.²⁶

A primeira Corte constitucional a se manifestar sobre os direitos da Natureza foi também uma corte latino-americana, a corte constitucional colombiana, por meio da sentença T-622 de 2016 e valendo-se do princípio da precaução ambiental e sua aplicação para proteger o direito à saúde das pessoas, reconheceu a subjetividade jurídica da bacia do Rio Atrato, conferindo-lhe direitos e impondo ao poder público sanções pelas inércias diante da degradação ambiental gerada pela exploração de metais pesados no corpo do rio, cujas consequências atingiram diretamente às populações tradicionais, a biodiversidade e a própria bacia da qual faz parte o Rio Atrato.

Esse caso foi melhor estudado no artigo "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre mudança de paradigma entre os seres humanos e a Natureza"²⁷ cujas reflexões e parte dos fundamentos também foram utilizados no REsp 1.797.175/SP, de relatoria do Ministro Og Fernandes, que reconheceu "a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e atribuiu dignidade aos animais não humanos e à Natureza".²⁸

A esse respeito cumpre destacar que a discussão acerca dos direitos da Natureza vem sendo trabalhada no Brasil, por autores que sorvem na fonte latino americanas, como Germana de Oliveira Moraes e Vanessa Hasson de Oliveira, e por autores que trabalham a temática à luz do princípio da dignidade humana como Thiago Fensteirseifer e Ingo Sarlet, abordando a dimensão ecológica da dignidade humana.

Este último, na obra, "Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional", na 12ª edição de 2015, apresenta uma indagação sobre a possibilidade de se conferir direito aos animais e a outros seres vivos abordando o problema da titularidade de direitos fundamentais

²⁶ Corte Provincial de Justiça de Loja: Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle contra Director de La Procuradoria General del Estado em Loja. Rol n.º 11121-2011-0010. Sentencia de fecha 30 de marzo de 2011.

²⁷ MENDES CÂMARA, Ana Stela. SOUZA FERNANDES, Marcia M. dos S. "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma entre o ser humano e a Natureza". Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v12. n.1. 2018, Brasília, Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB)p. 221-240.

²⁸ STJ: Maria Angélica Caldas Uliana x Fazenda do Estado de São Paulo. RESp n.º RECURSO ESPECIAL Nº 1.797.175 - SP (2018/0031230-0). Julgamento de 21 de março de 2019.

para além da pessoa humana. Mesmo naquela época, onde segundo o autor, prevalecia a tese de que não havia como atribuir a titularidade de direitos humanos aos seres não humanos e animais, enquanto seres sensíveis, “o reconhecimento da fundamentalidade (e mesmo dignidade!) da vida para além da humana implica pelo menos a existência de deveres – fundamentais- de tutela (proteção) desta vida e desta dignidade”.²⁹

Tiago Fensterseifer e Ingo Sarlet, defendem ainda o princípio da integridade ecológica, como um novo princípio do Direito Ambiental, o qual encontra-se consagrado no plano constitucional e infraconstitucional, de acordo com a visão dos autores, respectivamente em expressões como “processo ecológicos essenciais” e “funções ecológicas” inseridas no art. 225 da CF, bem como em leis infraconstitucionais como a Lei de Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei 12.187/2009, art. 4º, I) e Lei n.º 12.651/2012 (Novo Código Florestal), ao utilizar neste último exemplo, a expressão “a integridade do sistema climático”, no art. 4º, I, dentre outras. De acordo ainda com esses autores, o princípio se sintoniza com os Direitos da Natureza e com o paradigma jurídico ecocêntrico.³⁰

A despeito do giro ecocêntrico, outra expressão que remonta às cosmovisões andinas e à essência dos direitos da Natureza, Germana de Oliveira Moraes, rememora que outros cientistas e filósofos nórdicos há mais ou menos meio século advertem sobre os perigos do modelo utilitarista que norteia a relação entre os seres humanos e a Natureza, mas acrescenta que “é na América Latina, um continente em cambio, que desponta a coragem de fazer-se uma autêntica revolução paradigmática, com o giro ecocêntrico”. Este último emerge, segundo a autora, com a institucionalização da cultura do Bem Viver e diz respeito à indissociável relação de interdependência e complementariedade entre os seres vivos³¹, assim como

²⁹ WOLFGANG SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 233.

³⁰ WOLFGANG SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. “A integridade ecológica como princípio ou norma fundamental (Grundnorm) do Direito Ambiental no Antropoceno”. GEN.Jurídico. 15.set. 2020, Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/09/15/integridade-ecologica-grundnorm/#_ftn5. Acesso em: 20. Set. 2020.

³¹ OLIVEIRA MORAES, Germana de. “O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas”. Revista da Faculdade de Direito. v.34, n.1, 2013, Fortaleza, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, p.123-155.

também se reporta à ideia de prevalência da cultura da vida.

Consolida-se, assim, no campo jurídico-constitucional, no Equador (2008) e também na Bolívia (2009), uma nova visão ecocêntrica, superadora do antropocentrismo, a qual, além de admitir a prevalência da cultura da vida reconhece a indissociável relação de interdependência e complementariedade entre os seres vivos, expressa no valor fundamental da harmonia, desdobrável em valores como unidade, inclusão, solidariedade, reciprocidade, respeito, complementariedade e equilíbrio.³²

Diante das contribuições oriundas dos andes para fins de reconhecimento dos direitos da Natureza, observa-se, por um lado, a visibilidade dos povos indígenas e da sua forma de viver e coexistir com os demais seres, o que revela o caráter emancipador da temática, e por outro, o necessário olhar para as complexidades ambientais considerando os fatores sociais, econômicos e políticos que as mesmas ensejam, para além do seu caráter eminentemente normativo. Dessa forma é possível atuar também no enfrentamento ao retrocesso ambiental.

Do mesmo modo, é fundamental a investigação constitucional que juristas brasileiros vêm realizando ao tratar do tema dos direitos da Natureza, à luz da positivação dos direitos fundamentais, contribuindo para o despertar dos tribunais e dos pesquisadores quanto a imprescindível necessidade de atualizar a ciência jurídica a partir de uma perspectiva não antropocêntrica com vistas a robustecer as medidas de proibição de retrocesso ambiental.

Nesse sentido, destaca-se a recente manifestação de Tiago Fensterseifer em audiência pública convocada pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 708-DF), que debate o funcionamento do Fundo Nacional sobre Mudança do Clima. Em sua manifestação, o autor entende ser possível, "falar da configuração de um direito fundamental à integridade do sistema climático ou o direito fundamental a um clima estável" e ao

³² COELHO FREITAS, Raquel. OLIVEIRA MORAES, Germana de. "O Novo Constitucionalismo Latino Americano e o Giro Ecocêntrico dos Andes: os direitos de Pachamama e o bem-viver na Constituição do Equador (*Sumak Kawsay*) e na Bolívia (*Suma Qamaña*)". In. COELHO FREITAS, Raquel. OLIVEIRA MORAES, Germana de. (coordenadoras): UNASUL e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba PR: CRV, 2013.

final, relaciona a sua argumentação à necessidade de se coibir “ações governamentais flagrantemente contrárias à proteção ecológica”, citando um rol de exemplos que revelam o retrocesso ambiental.³³

CONCLUSÃO

Na América Latina o processo de colonização que permeou o campo do saber, da política e do ser, criando categorias raciais que possibilitaram a ideia de supremacia de uma categoria de humanos sobre outros, ou seja, dos colonizadores sobre os colonizados, propiciou a feitura de uma cultura jurídica fundamentada nos pressupostos eurocêntrico e antropocêntrico e por muitos anos, suplantou os saberes ancestrais dos povos indígenas.

Embora há mais de meio século cientistas e filósofos nórdicos viessem advertindo sobre os perigos do modelo utilitarista que ainda predominantemente vigora na relação entre os seres humanos e não humanos, o avanço da perspectiva ecocêntrica somente se deu no campo do direito, após a positivação dos direitos da Natureza na constituição do Equador de 2008 e do resgate das cosmovisões andinas, na constituição boliviana de 2009 e posterior reconhecimento dos direitos da Natureza em lei infraconstitucional. Os primeiros casos judiciais interpostos no âmbito do Equador e da Corte Constitucional colombiana, demonstraram a relevância da consideração do valor intrínseco da Natureza para a própria existência humana, na medida em que os casos apreciados pelo poder jurisdicional visaram o equilíbrio do ecossistema, a saúde dos povos afetados por ações de degradação e a própria integridade da Natureza.

Foi portanto a emancipação dos povos originários, por meio de suas lutas e reivindicações e construções epistêmicas decoloniais que se tornou possível reforçar, em escala global, o giro ecocêntrico e as reflexões e ações em torno da forma como o ser humano se relaciona com a Natureza. Desse modo a aplicação da perspectiva não antropocêntrica tem reforçado a atuação dos órgãos jurisdicionais no enfrentamento ao retrocesso ambiental, que toma corpo na inobservância às leis

³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência pública. ADPF 708-DF.

existentes e na omissão dos poderes públicos competentes.

No Brasil, o estudo dos direitos da Natureza vêm também se consolidando a partir da ideia de atribuição de uma dimensão ecológica da dignidade humana que tem permitido o reconhecimento da dimensão ecológica da dignidade e assim reconhecendo direitos aos animais não humanos e à Natureza.

A mudança de paradigma que a complexidade dos problemas ambientais desafia e exige, assim como a positivação dos direitos da Natureza, no caso da Bolívia e do Equador, ou o seu reconhecimento à luz de interpretações sistêmicas dos princípios que amparam a legislação ambiental, no caso do Brasil, são mais uma ferramenta no enfrentamento à tentativa de retrocesso e um reforço à proibição de retrocesso ambiental.

REFERÊNCIAS

ARAUJO VALENÇA, Daniel. De Costas para o Império: o Estado Plurinacional da Bolívia e a luta pelo socialismo comunitário. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BACON, Francis. Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. Trad. José Aluysio Reis de Andrade. Virtual Books, 2003.

BOLIVIA, LEY MARCO DE LA MADRE TIERRA Y DESARROLLO INTEGRAL PARA VIVIR BIEN, Ley n.º 300, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <https://www.mmaya.gob.bo/marco-legal/leyes-y-normas/>

COELHO FREITAS, Raquel. OLIVEIRA MORAES, Germana de. "O Novo Constitucionalismo Latino Americano e o Giro Ecocêntrico dos Andes: os direitos de Pachamama e o bem-viver na Constituição do Equador (*Sumak Kawsay*) e na Bolívia (*Suma Qamaña*)". In. COELHO FREITAS, Raquel. OLIVEIRA MORAES, Germana de. (coordenadoras): UNASUL e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Curitiba PR: CRV, 2013.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Audiência pública. ADPF 708-DF

Corte Provincial de Justiça de Loja: Richard Fredrick Wheeler y Eleanor Geer Huddle contra Director de La Procuradoria General del Estado em Loja. Rol n.º 11121-2011-0010. Sentencia de fecha 30 de marzo de 2011.

GUDYNAS, Eduardo. Direitos da Natureza. Ética biocêntrica e políticas ambientais. Tradução Igor Ojeda. São Paulo: Elefante. 2019, p. 143.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. VIVIR BIEN/BUEN VIVIR Filosofía, Políticas, Estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales. La Paz Bolívia: Instituto Internacional de Integración, 6ª edição, 2015. Pagina 27.

ITO, Mumta. "Nature's Rights: Why the European Union Needs a Paradigm Shift in Law to Achieve its 2050 Vision". In LA FOLLETE, Cameron, MASER, Chris (Coord): Sustainability and Rights of Nature. New York: Taylor and Francis, 1ªed.,2019, pp. 331-330.

KANT, Immanuel. "Crítica da Razão Prática". Petrópolis: Vozes, 2016.

MENDES CÂMARA, Ana Stela. SOUZA FERNANDES, Marcia M. dos S. "O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: reflexões sobre a mudança de paradigma entre o ser humano e a Natureza". Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v12. n.1. 2018, Brasília, Departamento de Estudos Latino-Americanos (ELA) da Universidade de Brasília (UnB)p. 221-240.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. Harmonia com a Natureza e Direitos de Pachamama. Fortaleza:Edições UFC, 2018.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. "O constitucionalismo ecocêntrico na América Latina, o bem viver e a nova visão das águas". Revista da Faculdade de Direito. v.34, n.1, 2013, Fortaleza, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, p.123-155.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. "Ou inventamos ou Erramos: encruzilhadas da integração regional-sul americana". In. REGO VIANA, André, SILVA BARROS, Pedro, BOJIKIAN CALIXTRE, André (org): Governança Global e Integração da América do Sul, Brasília: IPEA, 2011, p. 133.

QUIJANO, Aníbal. "Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina". Espacio Abierto. V. 28. N. 1. 2019, Venezuela, p. 255-301.

SOLON, Pablo. Alternativas sistêmicas: bem viver, decrescimento, comum, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra desglobalização. São Paulo: Editora Elefante. 2019.

SOUZA LIMA, José Edmilson de. COVAIA KOSOP, Roberto José. "Giro decolonial e o Direito: para além das amarras coloniais". Revista Direito e Práxis, V. 10. N. 4, 2019, Rio de Janeiro, PPGDir/UERJ, p. 2596-2619.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. O fim do império cognitivo: a afirmação das epistemologias do Sul. Belo Horizonte: Autêntica, 1. ed. 2019, p. 42.

STJ: Maria Angélica Caldas Uliana x Fazenda do Estado de São Paulo. RESp n.º RECURSO ESPECIAL Nº 1.797.175 - SP (2018/0031230-0). Julgamento de 21 de março de 2019.

WOLFGANG SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. rev. atual e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 233.

WOLFGANG SARLET, Ingo. FENSTERSEIFER, Tiago. "A integridade ecológica como princípio ou norma fundamental (Grundnorm) do Direito Ambiental no Antropoceno". GEN.Jurídico. 15.set. 2020, Disponível em: http://genjuridico.com.br/2020/09/15/integridade-ecologica-grundnorm/#_ftn5. Acesso em: 20. Set. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; FERRAZO, Débora. "Cenários da Cultura Jurídica de Abya Yala: os valores pré-coloniais em institucionalidades emergentes". Abya-Yala Revista sobre Acesso à Justiça e Direito nas Américas. v.1 n.2 2017, Brasília, Universidade de Brasília, p. 36-66.

58. A NECESSÁRIA (RE)DEFINIÇÃO DO CONCEITO DE MEIO AMBIENTE: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECO-BIO-CÊNTRICO¹

*THE NECESSARY (RE)DEFINITION OF THE CONCEPT OF ENVIRONMENT: FROM
ANTHROPOCENTRIC TO ECO-BIO-CENTRIC*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-58>

Marcia Andrea Bühring²

Resumo

O presente estudo versa sobre a necessária revisão e atualização do conceito de Meio Ambiente, pois a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, proclamou logo no primeiro princípio, o meio ambiente como tudo que o cerca, inclusive reconhecendo um valor transgeracional. Também a Lei brasileira da Política Nacional do Ambiente (LPNMA) de 1981, logo no art. 3º, trouxe que o Meio Ambiente é "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", logo, permitir, abrigar e reger a vida, pois "pertencemos" e "usufruímos" do mesmo planeta, da mesma casa comum. O método utilizado foi o hipotético dedutivo, pois o meio ambiente pertence a todos e deve ser cuidado por todos e para todos. Assim como conclusão, é o conjunto de elementos naturais, artificiais, culturais e sociais, é um macrobem, incorpóreo e imaterial que agrega os microbens, e ainda é um "bem" de interesse público, de uso comum do povo, e para a fruição do povo, enquanto bem jurídico autônomo de interesse público, ou seja: hoje deve ser compreendido como direito humano e fundamental de solidariedade intergeracional e transnacional.

Palavras-chaves: Meio ambiente. Bem de uso comum. Presentes e futuras gerações.

Abstract

This study deals with the necessary revision and updating of the concept of the Environment, because the Stockholm Declaration of the United Nations on the Human Environment of 1972 proclaimed in the first principle, the environment as everything around it, including recognizing a transgenerational value. Also the Brazilian Law of National Environment Policy (LPNMA) of 1981, as early as Article 3, brought that the

¹ GT12. Direitos fundamentais, antropocentrismo e ecocentrismo diante da proibição de retrocesso ambiental. 7ª Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia.

² Pós Doutora em Direito Pela FDUL-Lisboa-Portugal. Doutora em Direito pela PUCRS-Brasil. Mestre em Direito pela UFPR. Professora da PUCRS, da ESMAFE. Advogada e Parecerista. E-mail: marcia.buhring@gmail.br.

Environment is "the set of conditions, laws, influences and interactions of a physical, chemical and biological order, which allows, shelters and governs life in all its forms", therefore, allow, shelter and govern life, because "we belong" and "enjoy" the same planet, from the same common house. The method used was the hypothetical deductive, because the environment belongs to everyone and should be taken care of by everyone and for everyone. As a conclusion, it is the set of natural, artificial, cultural and social elements, it is a macrogood, intangible and immaterial that aggregates microbens, and is still a "good" of public interest, of common use of the people, and for the enjoyment of the people, as an autonomous legal good of public interest, that is: today it must be understood as a human and fundamental right of intergenerational and transnational solidarity.

Keywords: Environment. Good common use. Present and future generations.

Parte-se da frase introdutória: "Todos possuem um direito humano³ ⁴ e fundamental⁵ de usufruir de um ambiente [meio ambiente] ecologicamente equilibrado, tanto para as presentes, como para as futuras gerações".

Assim, a partir dos movimentos ecologistas da década de 70, do século XX, refere Pereira da Silva, "perante a «falência das ideologias», esses movimentos difundem uma «nova utopia», propondo uma alternativa política global para todos os problemas da sociedade", [e adverte] que levados ao extremo, com a "politização de

³ Traz Flávia Piovesan: "A Constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos do País. O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964, refletindo o consenso democrático 'pós-ditadura'. Após 21 anos de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos poderes, a Federação, a Democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, da CF), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional". Piovesan, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas*. In: *Direito constitucional. Temas atuais. Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota*. São Paulo: Método, 2007. p. 60.

⁴ João Baptista Herkenhoff, conceitua Direitos Humanos: "Por direitos humanos ou direitos do homem são, modernamente, entendidos aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana, pela dignidade que a ela é inerente. São direitos que não resultam de uma concessão da sociedade política. Pelo contrário, são direitos que a sociedade política tem o dever de consagrar e garantir". Herkenhoff, João Baptista. *Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994. v. 1. p. 30.

⁵ Para Ingo Wolfgang Sarlet: "Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo". Sarlet, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 70.

uma questão que, até há bem pouco tempo, antes nem sequer era do domínio da política",⁶ mas que passou a ser.

Vale lembrar que no Direito Internacional, por meio do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ocorreu a consagração do "dever de promoção da qualidade do meio ambiente". Veja-se o artigo 12. 1: "Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental [...] b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente".⁷

Por um lado, a Comissão do Programa de Ação das Comunidades Europeias, em matéria de ambiente de 1972, definiu o ambiente como "o conjunto dos elementos que formam na complexidade das suas relações, o marco, os meios, as condições de vida do homem, e da sociedade, tal como se concebem".⁸

E por outro lado, foi o que fez também a Declaração de Estocolmo das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em 1972, que proclamou logo no primeiro princípio, o meio ambiente como tudo que o cerca, inclusive reconhecendo um valor transgeracional.⁹

⁶ SILVA. Vasco Pereira da. Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente. In: Verdes são também os Direitos do Homem / Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente, Cascais, 2000. p 127.

⁷ Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotada pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2018.

⁸ Aragão comenta: "Os Chefes de Estado e de Governo declaravam expressamente na reunião de Paris que "a expansão económica, que não é um fim em si mesma, deve, prioritariamente, permitir atenuar as disparidades das condições de vida; deve prosseguir-se com a participação de todas as forças sociais e deve traduzir-se numa melhoria da qualidade e do nível de vida." (...) Conceder-se-á particular atenção à protecção do meio ambiente com o fim de pôr o progresso ao serviço do homem." Em execução da deliberação da Cimeira de Paris, a Comissão elaborou uma Comunicação sobre um "Programa de acção das Comunidades Europeias em matéria de ambiente", apresentado ao Conselho em 24 de Março de 1972 e aprovado por este em 22 de Novembro de 1973, o qual constitui o primeiro105 de uma série de cinco Programas de acção nesta matéria". Aragão. Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo : Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf. Acesso em: 14 out. 2019. p. 46-47.

⁹ Veja-se: "1. O homem é ao mesmo tempo obra e construtor do meio ambiente que o cerca, o qual lhe dá sustento material e lhe oferece oportunidade para desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. Em larga e tortuosa evolução da raça humana neste planeta chegou-se a uma etapa em que, graças à rápida aceleração da ciência e da tecnologia, o homem adquiriu o poder de transformar, de inúmeras maneiras e em uma escala sem precedentes, tudo que o cerca. Os dois aspectos do meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à vida mesma". Declaração de Estocolmo sobre o

Um marco histórico-normativo inicial da proteção ambiental, segundo Sarlet e Fensterseifer, que é projetado embrionariamente no horizonte jurídico, no direito internacional, cuja “a ideia em torno de um direito humano a viver em um ambiente equilibrado e saudável, tornando a qualidade do ambiente como elemento essencial para uma vida humana com dignidade e bem-estar”.¹⁰

O Direito do Ambiente, refere Gomes “surge como um resultado do incremento da consciência ambiental e como um motor da reconciliação entre a sede do progresso e a contenção necessária perante um planeta de recursos limitados”.¹¹ Gomes, traz, ainda, três questões importantes e fundamentais: “o que o ambiente pode ser para o Direito, o que é que o legislador quis que fosse, e o que é que nós pensamos que ele deve ser”.¹² Ou seja: O ambiente como objeto, com as pré-compreensões ambientais e a sua influência na determinação dos contornos do bem jurídico ambiente.

No mesmo sentido, Pereira da Silva destaca que é necessário contrapor o conceito amplo vs. conceito restrito de ambiente enquanto bem jurídico, e que a “compreensão dos termos da discussão e suas implicações (por exemplo, e entre muitas outras, ao nível da delimitação da legitimidade processual para a tutela de bens ambientais); refrações dessa discussão nas duas Leis de Bases: o conceito claramente amplo pressuposto pela LB de 1987 (cfr., inter alia, a alínea a) do n.º 2 do artigo 5.º e os artigos 6.º e ss.) e o conceito mais restrito pressuposto pela LB de 2014¹³ (cfr., inter alia, os artigos 10.º e 11.º); a tendência para uma aproximação ampliativa no artigo 66.º da CRP e no próprio Direito da União Europeia (cfr. o artigo

ambiente humano – 1972. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 07 out. 2019..

¹⁰ Sarlet, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

¹¹ Gomes, Carla Amado. As operações materiais administrativas e o Direito do ambiente. Lisboa. 1999. p. 65.

¹² Gomes, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. Mundo Jurídico, 2000. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19332-19333-1-PB.pdf>. Acesso em 20 dez. 2019.

¹³ A Nova Lei de Bases do Ambiente de Portugal, Lei n.º 19/2014 de 14 de abril, define as bases da política de ambiente, revoga a anterior 11/87. Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril (Lei de Bases da Política de Ambiente). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nversao. Acesso em: 20 out. 2019.

191.º do TFUE); há vantagens e desvantagens associadas a uma e outra.

A Declaração do Rio de Janeiro em 1992, - Rio 92 (ECO-92), traz fundamentos insculpidos em seus princípios, como se percebe logo no 1º Princípio: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".¹⁴

Ao que adverte Canotilho, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, o "direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado" (CRP art. 66, 1.), que é um verdadeiro direito fundamental, formal e materialmente constitucional. Observa-se que a Constituição da República Portuguesa (CRP/76), tal como a Constituição Federal Brasileira (CF/88) inseriu o capítulo do meio ambiente dentro do Título da Ordem social.¹⁵

Dessa forma, a proteção ambiental, afirma Afonso da Silva, abrange a preservação da natureza "em todos os seus elementos essenciais à vida humana e à manutenção do equilíbrio ecológico, visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida, como forma de direito fundamental da pessoa humana".¹⁶ O que representa um direito humano¹⁷ e ao mesmo tempo um dever fundamental ambiental, visto ser um dever de todos, em respeito aos direitos tanto das presentes, como das futuras gerações, na proteção do meio ambiente.¹⁸

¹⁴ Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - 1992. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Developimento.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.

¹⁵ Adverte ainda: "É de questionar se [um] conceito amplo [de ambiente] pode servir para estruturar um discurso jurídico sobre o ambiente, correndo-se o risco de um juízo de «alquimia ecológica» transmutar os problemas sociais, culturais e económicos (ambiente social), biológico-ecológicos (ambiente natural) em problemas jurídicos do ambiente. Do ambiente transita-se para a ambiente socio-política, sem que os específicos problemas jurídicos do ambiente surjam com contornos nítidos, suscetíveis de legitimar um novo parto do saber jurídico — o direito do ambiente." Canotilho, José Joaquim de Gomes. Processo administrativo e defesa do ambiente. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, n. 3.802, 1991. p. 7.

¹⁶ Silva, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 58.

¹⁷ Bobbio refere: "partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento". Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 12.

¹⁸ Fensterseifer, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 198.

Então, se decorre do direito humano e fundamental de todos ao meio ambiente, também representa um conjunto de deveres estatais e sociais que garantam qualidade de vida, isso sob uma perspectiva de variáveis econômicas, sociais, culturais e ambientais, pois não é um dever somente estatal, mas um dever também social.¹⁹

E que o direito ao meio ambiente como um direito fundamental apresenta um problema da sua efetividade na perspectiva de Peces-Barba, ao estudar as três dimensões – ética, jurídica e social – adverte que diz respeito à insuficiência das dimensões da vigência e validade das leis, o que gera reflexos na seara da eficácia. Sendo que os direitos fundamentais nascem com o trânsito para a modernidade e são construções decorrentes de conquistas sociais históricas.²⁰ Nesse sentido também as três perspectivas axiológicas – validade, vigência e eficácia – segundo Garcia, devem ser tratados a partir de uma concepção tridimensional que leva em consideração as suas dimensões axiológicas: validade-legitimidade; normativas: vigência-legalidade; e fática: eficácia efetividade".²¹

Já para Wolkmer, os direitos ao meio ambiente, são "novos" direitos transindividuais, e que ganharam impulso no pós-Guerra, com "a explosão das bombas atômicas em Hiroshima e Nagasaki, a mutilação e o extermínio de vidas humanas, a destruição ambiental e os danos causados à natureza pelo

¹⁹ Rocha, Leonel Severo; Scherbaum, Julia Francieli Neves de. O Manifesto da Transconstitucionalidade para preservação do meio ambiente. Revista Eletrônica do Curso de Direito, Santa Maria, v. 14, n. 3, 2019. p. 13-14. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31955/pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

²⁰ Tradução livre de: "Esas características identificadoras del paso de la Edad Media a la Moderna no surgen de la noche a la mañana, sino que son la consecuencia de un largo proceso de evolución que a veces dura varios siglos. No se trata aquí de hacer la historia de esa transformación, sino de encontrar en esos rasgos las razones que justifican la aparición del concepto de derechos fundamentales. Pese a los matices y a la advertencia de que estamos ante realidades dinámicas que se interinfluyen entre sí y que están en situación de movimiento continuo, será difícil que podamos captarlas en toda su complejidad. Aunque al identificar la relación de cada una de ellas con el nacimiento de los derechos el modelo relacional será bilateral, no se debe olvidar que estamos ante un fenómeno social abierto en cada caso a influencias de las demás, en una compleja urdimbre de causas, de efectos y de imputaciones de sentido". Peces-Barba, Gregório. Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Com La Colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, tradução nossa. p. 115.

²¹ Garcia, Marcos Leite. A concepção Tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: Cruz, Paulo Márcio; Brandão, Paulo de Tarso; Oliviero, Maurizio (org.). O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Perugia: Univali, 2016. p. 16. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/O%20direito%20contempor%C3%A2neo%20e%20di%C3%A1logos%20cient%C3%ADficos%20Univali%20e%20Perugia.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

desenvolvimento tecnológico desencadearam a criação de instrumentos normativos no âmbito internacional".²²

Também adverte Gomes, sobre a figura do "direito ao ambiente", como "direito-dever".²³ Afirma ainda, que direito ao ambiente, "não é nada mais do que uma síntese de posições procedimentais e processuais instrumentos à gestão democrática do aproveitamento dos bens ambientais".²⁴ Inclusive esse é o sentido atribuído ao direito ao ambiente pela Convenção de Aarhus com a tríade: acesso à informação, participação pública e acesso à justiça em matéria ambiental.²⁵ E também na Carta Africana - CADHP que "deve ser visto e encarado, não como um direito subjetivo, mas sim como um direito de fruição coletiva inapropriável e de utilidades indivisíveis".²⁶ Pois na própria Carta há menção expressa no artigo 24 que: "Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento".²⁷

Por outro lado, refere Machado que a expressão meio ambiente não é a mais correta por envolver um pleonismo, "pois que ambiente e meio são sinônimos porque meio é precisamente aquilo que envolve, ou seja, o ambiente".²⁸ Afinal, tudo gira em torno da mudança de mentalidade no trato com o meio ambiente, segundo

²² Wolkmer, Antonio Carlos. Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações. Revista Direito em Debate. Ano 10, n. 16/17, jan./jun. 2002. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768>. Acesso em: 20 set. 2019. p. 17.

²³ Refere Gomes "a desconsideração do "direito ao ambiente", por um lado, faz sobressair os direitos que lhe estão subjacentes, recentrando os conflitos e as pretensões na sua dimensão subjectiva e permitindo discernir tais hipóteses dos verdadeiros exemplos de tutela ambiental, que se prendem com a prevenção, cessação e ressarcimento de ofensas a bens ambientais naturais, com as consequências — substantivas, procedimentais e processuais — que tal diferenciação, enquadrada sob a perspectiva do interesse de fruição de bens colectivos, acarreta". Gomes, Carla Amado. As operações materiais administrativas e o Direito do Ambiente. Lisboa, 1999. p. 20. p. 8.

²⁴ Gomes, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, 4 ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 53-74

²⁵ Marques, Francisco Paes. A Convenção de Aarhus e as relações jurídicas administrativas multipolares. In: Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (org.). A trilogia de Aarhus. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 66-67. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/6090/view>. Acesso em: 20 set. 2020.

²⁶ Gomes, Carla Amado. Direito do ambiente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: uma nota sobre o artigo 24º da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/texto-artigo_24o-versaolonga.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019; ALI Mokouar, Mohamed. Le Droit de L'environnement dans la Charte Africain de Droit de L'homme et des Peuples, étude juridique de la FAO en ligne nº 16, avril de 2001, Também disponível em: <http://www.fao.org/3/a-bb049f.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁷ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Carta de Banjul de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

²⁸ Machado, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 69.

Baracho, “a forma como as normas brasileiras protegiam os elementos naturais até a década de 70 considerava o meio ambiente como ‘recurso’, ou seja, como um meio para a obtenção de finalidades humanas.” A exemplo da madeira, mas com o incremento das normas ambientais no Brasil, o meio ambiente deixou de ser tratado como ‘recurso’.²⁹

Por isso, afirma-se com Silva, que o “ambiente integra-se, realmente, de um conjunto de elementos naturais e culturais, cuja interação constitui e condiciona o meio em que se vive”. E por isso que “a expressão ‘meio ambiente’ se manifesta mais rica de sentido (como conexão de valores) do que a simples palavra ‘ambiente’.” E sem sombra de dúvida, “exprime o conjunto de elementos; aquela expressa o resultado da interação desses elementos”. Cujo “conceito de ‘meio ambiente’ há de ser, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”.³⁰ [também o estético, o paleontológico].

Noutro contexto, a Real Academia Espanhola define meio como “um conjunto de circunstâncias ou condições externas a um ser vivo que influenciam seu desenvolvimento e suas atividades” e o meio ambiente como “um compêndio de valores naturais, sociais e culturais que influenciam a vida material do homem”.^{31 32}

Já o ordenamento jurídico brasileiro observa quatro aspectos ao adotar o conceito amplo de meio ambiente. Inicialmente definiu o conteúdo do meio ambiente no inciso I, do artigo. 3º, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, Lei nº 6.938/81, ou seja: “Meio Ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Ainda no artigo 3º Inciso V, traz o conceito de meio ambiente

²⁹ Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000, p. 183.

³⁰ Silva. José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20.

³¹ Tradução livre de: “La Real Academia Española define medio como “conjunto de circunstancias o condiciones exteriores a un ser vivo que influyen en su desarrollo y en sus actividades” y ambiente como “compendio de valores naturales, sociales y culturales que influyen en la vida material del hombre”. RAE, Diccionario de la Lengua Española, Ed. 2001.

³² Tradução Livre de: “Advertiremos que aquí se manejan los términos: ambiente y medio como equivalentes, pero no los de medio ambiente o medioambiental, pese a que el primero há sido recibido por la Academia de la Lengua Española y por la propia Constitución, que estimamos no obstante reiterativos y redundantes”. Mateo, Ramón Martín. Manual de derecho ambiental. 2. ed. Madrid: Trivium, 1998. p. 21.

de recursos ambientais (a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora). E no artigo 2º, I, como um dos princípios da Política Nacional do Meio Ambiente, a “ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo”.

Nesse sentido, menciona Benjamin que a grande novidade da lei foi a alteração radical de paradigma jurídico e ético: “A passagem de um paradigma estritamente antropocêntrico a um outro de caráter misto, antropocêntrico-ecocêntrico, é o indicador juridicamente mais exuberante da Lei n. 6938/81.”³³

Ou seja, classifica-se o Meio Ambiente, em: a) Natural ou Físico: constituído pelo solo, pela água, pelo ar atmosférico, pela flora e pela fauna. Proteção constitucional art. 225 *caput* forma mediata de proteção, e no e § 1º Incisos I, III e VII forma imediata de proteção.³⁴ b) Meio Ambiente Artificial: constituído pelo espaço urbano. Consubstanciado no conjunto de edificações e equipamentos públicos. Art. 225, *caput*; art. 182 e art. 21, XX (tratam da política urbana); e Art. 5º, XXIII (função social) entre outros, da CF/88. c) Meio Ambiente Cultural: são os bens materiais e imateriais que traduzem a história de um povo, sua formação, cultura, etc., enfim, os elementos que identificam sua cidadania, sua forma de vida. Art. 225, *caput*, CF/88

³³ Refere: “veio mesmo com a elevação do meio ambiente à categoria de bem jurídico autonomamente tutelado, daí resultando a permissão de cobrança de danos contra ele praticados, até nas situações fáticas em que não estão em jogo valores humanos longamente reconhecidos, como a vida, a segurança, a liberdade e o patrimônio”. Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. 1998. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>. Acesso em: 17 jul. 2019. p. 6.

³⁴ Título VIII - Da Ordem Social - Capítulo VI - Do Meio Ambiente - Art. 225. “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; [...] III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; [...] VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”.

– mediata; e, art. 215³⁵ e 216 e incisos da CF/88 – imediata. (define patrimônio)³⁶. Atualmente, o meio ambiente digital, é considerado subespécie do meio ambiente cultural. d) Meio Ambiente do Trabalho e/ou Social: é o lugar onde o ser humano exerce o seu labuto, independentemente de ser num prédio ou em local aberto, como os garis. Procura-se salvaguardar a saúde, a segurança e o bem-estar do trabalhador no seu ambiente de trabalho. Art. 200, VIII – (imediate); e Art. 7º, XXII e XXXIII (mediata). E mais, hoje também é o meio ambiente social, enquanto espaço de interação, de inclusão social, de sentir-se bem consigo mesmo e com o próximo, e aqui está inserido também o conceito de 'cidade inteligente'.

Destacam Fiorillo e Rodrigues que o meio ambiente natural ou físico é constituído “pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, ou em outras palavras, pelo fenômeno de homeostase, qual seja, todos os elementos responsáveis pelo equilíbrio dinâmico entre os seres vivos e o meio em que vivem”.³⁷ Também destacam que o meio ambiente artificial “é aquele constituído pelo espaço urbano construído, consubstanciado no conjunto de edificações (espaço urbano fechado) e dos equipamentos públicos (espaço urbano aberto)”.³⁸

Já Silva, refere que meio ambiente cultural é “aquele que é integrado pelo patrimônio histórico, artístico, arqueológico, paisagístico, turístico, que, embora artificial, em regra, como obra do homem, difere do anterior (que também é cultural) pelo sentido de valor especial que adquiriu ou de que se impregnou”.³⁹

Importe lembrar ainda, que também faz parte do meio ambiente cultural, a

³⁵ Art. 215 “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. § 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”.

³⁶ Art. 216. “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

³⁷ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 54.

³⁸ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 59.

³⁹ Silva, José Afonso da. Direito ambiental constitucional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 3.

forma particular de articulação, seja do ecossistema, da língua de um povo, de sua cultura, dos meios de produção, que é único, ímpar e específico de cada formação social, como refere Left.⁴⁰

Já o meio ambiente do trabalho, lembra Fiorillo e Rodrigues “é o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente”,⁴¹ e também, o objeto jurídico tutelado é a segurança e também saúde do trabalhador,⁴² principalmente os EPI's, equipamentos de proteção. E é nessa perspectiva de direito essencial à sadia qualidade de vida a necessidade de equilíbrio no meio ambiente do trabalho, seja em relação à proteção dos direitos à dignidade da pessoa,⁴³ seja em relação a sua dignidade.

Meio ambiente é também o patrimônio natural e as relações com e entre os seres vivos,⁴⁴ ou seja, atualmente o meio ambiente tem despertado o interesse de todas as nações no que tange a responsabilidade, independentemente de sistema econômico ou regime político,⁴⁵ pois o planeta é a “Casa Comum”⁴⁶ de todos e para todos, deve ser cuidada, preservada, por todos.⁴⁷

⁴⁰ Ou seja: “A conformação de seu meio ambiente, a história de suas práticas produtivas e sociais, seus intercâmbios culturais na história, determinaram a capacidade produtiva dos ecossistemas, a divisão do trabalho, os níveis de autoconsumo e a produção de excedentes comercializáveis. A intervenção mais ou menos forte do capital e dos Estados nacionais modificam estas modalidades de transformação do meio ambiente”. Leff, Enrique. *Epistemologia ambiental*. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010. p. 51.

⁴¹ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 59.

⁴² Silva, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 5.

⁴³ Padilha, Norma Sueli. *Do meio ambiente do trabalho equilibrado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 33.

⁴⁴ Milaré, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 78.

⁴⁵ Freitas, Vladimir Passos de. *Direito Administrativo e Meio Ambiente*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

⁴⁶ Carta Encíclica *Laudato Si'* do Santo Padre Francisco Sobre o Cuidado da Casa Comum. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco20150524enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

⁴⁷ O romper com o teocentrismo, do início do século XVI (1501-1600), como lembra Descartes, [embora tenha escrito a obra em 1637], em uma das frases que bem demonstra a era do antropocentrismo, cujo homem passa a ser o centro, absoluto, universal, que toma a natureza para si, uma das características da idade moderna que se inicia. Adverte Descartes. “Possível chegar a conhecimentos que são muito úteis para a vida e que, em vez dessa filosofia especulativa que é ensinada nas escolas, é possível encontrar uma prática, pela qual, conhecendo a força e as ações do fogo, da água, do ar, dos astros, dos céus e de todos os outros corpos que nos cercam, tão distintamente quanto conhecemos os diversos ofícios dos nossos artífices, poderíamos, do mesmo modo, aplicá-los a todos os usos aos quais são próprios e, assim, tornar-nos senhores e possuidores da natureza”. Descartes, René. *Discurso do método*. Trad. de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 72-73.

Para Leite, meio ambiente “em sentido genérico”, é um conceito “interdependente que realça a interação homem-natureza; que envolve um caráter interdisciplinar ou transdisciplinar; e que deve ser embasado em uma visão antropocêntrica alargada”. Dessa forma, adverte ainda que “o meio ambiente deve ser protegido com vistas ao aproveitamento do homem, mas também com o intuito de preservar o sistema ecológico em si mesmo”.⁴⁸ Freitas, também faz essa distinção entre os sentidos: “A ecologia é a parte predominante do estudo do meio ambiente, a mais conhecida, a que suscita maiores cuidados e preocupações”. No entanto, o conceito de meio ambiente é mais amplo. “Inclui urbanismo, aspectos históricos, paisagísticos e outros tantos essenciais, atualmente, à sobrevivência do homem na Terra”.⁴⁹

Segundo Lago e Augusto, a ecologia, ramo da biologia, surgiu por meio de pesquisa do biólogo alemão Haeckel, no ano de 1866, quando este propôs “estudar a função das espécies animais com o seu mundo orgânico e inorgânico”, utilizou para tanto “a palavra grega oikos (casa) e cunhou o tema ‘ecologia’ (ciência da casa)”.⁵⁰

Nos Movimentos Ecológicos, relembra Bobbio, “está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas, tradicionalmente, tem definição e justificativa dos direitos do homem”.⁵¹ Ao que adverte Lorenzetti, que o ambiente tornou-se um recurso crítico: se antes parecia infinito, inesgotável, agora existe a consciência de que é escasso.⁵²

Alvarez e Oliva entendem por meio ambiente, o ambiente que envolve as circunstâncias da vida das pessoas e da natureza. Atinge o conjunto de valores

⁴⁸ Leite, José Rubens Morato. *Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 95. Ver também: Leite, José Rubens Morato. *O dano moral ambiental difuso: conceituação, classificação e jurisprudência brasileira*. In: Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (org.). *Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. Disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 04 jan. 2019. p. 57.

⁴⁹ Freitas, Vladimir Passos de. *A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais*. 2 ed. Ed. RT, 2002. p. 17.

⁵⁰ Lago, Antônio Pádua; Augusto, José. *O que é ecologia?* 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988. p. 7.

⁵¹ Bobbio, Norberto. *A era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

⁵² Tradução livre de: “El ambiente se ha transformado en un recurso crítico: si antes parecía infinito, inagotable, ahora hay conciencia de que es escasso”. Lorenzetti, Ricardo Luis. *Las normas fundamentales del Derecho Privado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995. p. 490.

naturais, sociais e culturais que influenciam a vida do ser humano e as gerações vindouras. Esse conceito é amplo porque inclui, além de sistemas naturais, como água, ar, vegetação, fauna, etc., o ambiente social, os elementos urbanos, trabalhistas, estéticos, paisagísticos e culturais (como patrimônio histórico).⁵³

Já meio ambiente "em sentido jurídico" adverte Leite é amplo e envolve o macro e o microbem.⁵⁴ Dessa forma, Sarlet insere o meio ambiente nos direitos de terceira dimensão, que reside basicamente na sua titularidade coletiva, "muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela, a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção".⁵⁵

Nesse sentido, também adverte Rodrigues, que embora o objeto de proteção do direito ambiental seja "o equilíbrio ecológico (macrobem), ele também cuida, inexoravelmente, da função ecológica exercida pelos fatores ambientais bióticos [fauna, flora e diversidade biológica] e abióticos [ar, água, terra, clima] (microbens)",⁵⁶ e o equilíbrio só ocorre, pois produto dessa combinação.

No julgamento de questão de ordem no Recurso Especial nº 1.711.009, Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, recorrida a empresa Samarco, o Ministro Buzzi definiu como macrobem o meio ambiente em sentido geral, como "o patrimônio ambiental em seu conceito mais amplo, o conjunto de interações e elementos em

⁵³ Tradução livre de: "Entendemos por medioambiente al entorno que envuelve las circunstancias de vida de las personas y la naturaleza. Alcanza al conjunto de valores naturales, sociales y culturales, que influyen en la vida del ser humano y en las generaciones venideras. Este concepto es amplio porque incluye además de los sistemas naturales, como los agua, aire, vegetación, fauna etc., el entorno social, el medio urbano, laboral, estético, paisajístico y elemento cultural (como el patrimonio histórico)". Responsabilidad Civil por Daño Ambiental por Agustín Álvarez Y Victoria Cornet Oliva. Em nota referem: "Apoyamos la postura que la incluye en el concepto de ambiente."

⁵⁴ a) a lei brasileira adotou um conceito amplo de meio ambiente, que envolve a vida em todas as suas formas. O meio ambiente envolve os elementos naturais, artificiais e culturais; b) é um macrobem unitário e integrado. Considerando-o macrobem, tem-se que é um bem incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de microbem; c) é um bem de uso comum do povo. Trata-se de um bem jurídico autônomo de interesse público; e d) é um direito fundamental do homem, considerado de quarta geração, necessitando, para sua consecução, da participação e responsabilidade partilhada do Estado e da coletividade. Trata-se, de fato, de um direito fundamental intergeracional, intercomunitário, incluindo a adoção de uma política de solidariedade". Leite, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 96.

⁵⁵ Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 34.

⁵⁶ Rodrigues, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2016. p. 287.

sua máxima complexidade e extensão". Por microbem "todo e qualquer elemento considerado isoladamente, constituinte e integrante do meio ambiente".⁵⁷

Ainda ressalta Leite, que "o meio ambiente, considerado em sua totalidade como macro-bem, é conceito jurídico relevante englobado pela legislação a corroborar a intenção de tratá-lo como o conjunto relacional estabelecido entre os micro-bens que o compõem". E por esse motivo a lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, "tratou de definir o meio ambiente, em seu art. 3, inciso I, a partir das relações e interações estabelecidas entre a sociedade e o meio ambiente como condicionantes da vida em suas diversas formas".⁵⁸

Como também ressalta Lorenzetti, no direito argentino, que o ambiente é o "macro-bem" do direito ambiental, e como tal é um "sistema", o qual significa que mais que suas partes: que é a interação de todas elas. Os "micro-bens", são partes do ambiente, que apresentam características de subsistemas, que apresentam relações internas entre suas partes e relações externas com o "macro-bem"; nessa categoria estão a fauna, a flora, a água, a paisagem, os aspectos culturais, o solo, etc. É claro que o que predomina é a noção de "inter-relação" – ecossistema – que é essencial para a compreensão.⁵⁹

Sendo que o direito ambiental, ainda concorda Iturraspe "é a ordem que regula a criação, modificação, transformação e extinção das relações legais que condicionam o gozo, a preservação e a melhoria do ambiente".⁶⁰ Também Cafferatta,

⁵⁷ Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial 1711009/MG. Relator: Ministro Marco Buzzi, 19 de dezembro de 2017. Publicado em: 23 mar. 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=79539140&num_registro=201702771270&data=20180323&tipo=91&formato=PDF. Acesso em: 20 maio 2019.

⁵⁸ Leite, José Rubens Morato. O dano moral ambiental difuso: conceituação, classificação e jurisprudência brasileira. In: Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (org.). Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. Disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 04 jan. 2019. p. 59.

⁵⁹ Tradução livre de: "El ambiente es el "macro-bien" del derecho ambiental, y como tal es un "sistema", lo cual significa que es más que sus partes: es la interacción de todas ellas. Los "micro-bienes", son partes del ambiente, que en sí mismo tiene características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el "macro-bien"; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. Es claro que lo que predomina, es la noción de "interrelación" –ecosistema–, que es esencial para la comprensión". Lorenzetti, R. L. Teoría del Derecho Ambiental, Buenos Aires: La Ley, 2008. Lorenzetti, P. Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. Publicado en: RCyS2013-VIII, 5. Cita Online: AR/DOC/2574/2013. p. 12.

⁶⁰ Tradução livre de: "es el ordenamiento que norma la creación, modificación, transformación y extinción de las relaciones jurídicas que condicionan el disfrute, la preservación y el mejoramiento del ambiente".

define direito ambiental como um conjunto de normas "destinadas a disciplinar o comportamento, a fim de usar racionalmente e conservar o meio ambiente, em termos de preservação de danos a ele, a fim de alcançar a manutenção do equilíbrio natural".⁶¹

Justificando o surgimento e autonomia do direito ambiental, Benjamin afirma que a prática demonstrou que a administração pública não conseguiu alcançar seus objetivos, "sem uma reformulação dos princípios, dos instrumentos e inclusive do regime até então utilizados na gestão do interesse público em geral".⁶²

O aparecimento do direito ao meio ambiente segundo Bobbio, é passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) para sujeitos diferentes da 'pessoa' -, ou seja, "para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência)", afirma ainda, "além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais".⁶³

Noutro contexto, o Tribunal Supremo da Espanha definiu o meio ambiente como a sistematização de valores, fenômenos e processos.⁶⁴ Também na Itália,

Iturraspe, Jorge Mosset. El daño ambiental en el Derecho Privado. In: Mosset Iturraspe, Jorge – Hutchinson, Tomás – Donna, Edgardo A. Daño Ambiental. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 1999. p. 19.

⁶¹ Tradução livre de: lo define como un "Conjunto de normas [...] tendientes a disciplinar las conductas en orden al uso racional y conservación del medio ambiente, en cuanto a la preservación de daños al mismo a fin de lograr el mantenimiento del equilibrio natural...". Cafferatta, Néstor A. Introducción al Derecho Ambiental, Secretaría de Medioambiente y recursos naturales, México, Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, 2004. p. 17

⁶² Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82. p. 16.

⁶³ Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 69.

⁶⁴ Veja-se: "a sistematização de diferentes valores, fenômenos e processos naturais, sociais e culturais, que condicionam em um dado espaço e momento, a vida e o desenvolvimento de organismos e o estado de elementos inertes, em uma conjunção integrativa, sistemática e dialética das relações de troca com o homem e entre diferentes recursos. Um ambiente em condições aceitáveis de vida, não significa apenas situações favoráveis à conservação da saúde física, mas também certas qualidades emocionais e estéticas do ambiente que envolve o homem". Tradução Livre de: "El Tribunal Supremo de España ha definido el medio ambiente como la 'sistematización de diferentes valores, fenómenos y procesos naturales, sociales y culturales, que condicionan en un espacio y momento determinados, la vida y el desarrollo de organismos y el estado de los elementos inertes, en una conjunción integradora, sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio con el hombre y entre los diferentes recursos. Un ambiente en condiciones aceptables de vida, no sólo significa situaciones favorables para la conservación de la salud física, sino también ciertas cualidades emocionales y estéticas del entorno que rodea al hombre". España.

destaca Dell'Anno a noção jurídica de meio ambiente tem polivalentes significados.⁶⁵

Ainda no direito italiano, o bem ambiental é definido pela Lei n° 349, de 08 de julho de 1986, como bem público, ficando a sua defesa jurisdicional condicionada a uma atuação do Poder Público. "Esta opção circunscreve e limita a defesa pelo Estado, que, em muitas ocasiões, são os que mais lesam o meio ambiente".⁶⁶

Na Comunidade Econômica Europeia, refere Martins, o conceito abrange todos os aspectos concernentes ao ambiente natural e, também à situação do homem, ou seja, com os recursos naturais, com os valores, as instituições, a tecnologia, a organização social e com a população. Pois, houve uma preocupação maior, mais vasta dos "fenômenos ambientais, com base no fato de a violação dos princípios ecológicos ter atingido o ponto em que, na melhor das hipóteses, a qualidade de vida estava ameaçada e, na pior das hipóteses, em perigo, a longo prazo, a sobrevivência própria da humanidade".⁶⁷ Ou seja, a qualidade de vida e sua sobrevivência.

E nesse contexto, o conceito de meio ambiente refere Silva, há de ser, pois, globalizante, "abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico". Por

Tribunal Supremo de España. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>. Acesso em 10 out. 2019.

⁶⁵ Destaca três grupos: "Nesse sentido, cabe mencionar, antes de tudo, a doutrina do autor que identificou na noção jurídica de meio ambiente uma polivalência de significados, atribuível a três grupos de instituições jurídicas distintas: as relativas à proteção das belezas da paisagem, portanto uma atividade cultural; os que dizem respeito à qualidade de vida, portanto ao combate a essa poluição e, portanto, a uma atividade de saúde; os que dizem respeito ao governo do território, pois preservam características ecológicas e, portanto, uma atividade de urbanismo. Segundo essa interpretação, o termo ambiente não identificou uma síntese verbal; consequentemente, foi-lhe negado o caráter da matéria e sua posição e foi reconectada, situação por situação, com outras questões, como planejamento urbano, obras públicas, serviços de saúde etc". Tradução livre de: "In proposito, va innanzitutto menzionata l'autorevole dottrina che aveva indentificato nella nozione giuridica di ambiente una polivalenza di significati, riconducibili a tre gruppi di istituti giuridici distinti: quelli concernenti la tutela delle bellezze paesistiche, quindi un'attività culturale; quelli concenenti la qualità della vita, quindi la lotta contro glui inquinamenti, e perciò un'attività sanitaria; quelli concernenti il governo del territorio, in quanto siano de preservare certitratti ecologici, quindi un'attività urbanistica. Secondo tale interpretazione il termine ambiente non veniva ad indentificare una sintesi verbale; di conseguenza si negava ad esso il carattere di materia asé stante e veniva ricollegato, situazione per situazione, com altre materie quali l'urbanistica, i lavori publici, l'assistenza sanitaria, e così via". Dell'anno, Paolo. Manuale di diritto ambientale. Padova: Casa Editrice Dott, 1998. p. 11.

⁶⁶ Italia. Legge 8 luglio 1986, n. 349. Supplemento Ordinario, n. 59 G.U.R.I. 15 luglio 1986, n. 162. Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale. Disponível em: https://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf. Acesso em 20 set. 2019.

⁶⁷ Martins, Antonio Carvalho. A política de ambiente da Comunidade Econômica Européia. Coimbra: Coimbra Editora, 1990. p. 32-33.

isso, o meio ambiente é, "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas".⁶⁸

Destaca ainda Benjamin, que é apropriado observar que, no direito brasileiro, "a noção substancial, tanto constitucional como legal, de meio ambiente coincide com sua congênere processual: bem de uso comum do povo (= de fruição geral)", ou seja, suscetível de defesa por qualquer pessoa do povo, "de forma isolada, (ação popular ambiental) ou organizada coletivamente (ação civil pública)".⁶⁹ Ou seja, "não pertence ele a ninguém em particular, mas pertence a todos, toda a coletividade tem interesse em preservá-lo".⁷⁰

Cumprir lembrar que a CF/88, no artigo 225, *caput*, ao trazer a definição de meio ambiente, como ecologicamente equilibrado, o referiu "como bem de uso comum do povo", com atribuição ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. Assim como no artigo 20 CF/88, a titularidade de bens ambientais, foi atribuída à União (lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais; as ilhas fluviais; os recursos minerais dentre outros). Assim como no artigo 26 da CF/88, a titularidade de bens ambientais atribuídas aos Estados (as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, as áreas, nas ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, dentre outros).

Vale lembrar ainda que a CF/88 evitou a concepção estatizante de meio ambiente, como refere Benjamin "ao vinculá-lo a todos os cidadãos e não ao Estado apenas, inclusive para fins de implementação. Tanto no plano substantivo, como formal, o Estado não tem a exclusividade (= monopólio) de proteção do ambiente".⁷¹

⁶⁸ Silva, José Afonso da. Direito Ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 6.

⁶⁹ Benjamin, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Morato Leite, José Rubens (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. Ver também: Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In: Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82.

⁷⁰ Milaré, Édís. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990. 27.

⁷¹ O que a CF/88 fez foi estatuir expressamente, "mas não taxativa, as atribuições mais essenciais (ou urgentes) do Poder Público (art. 225, par. 1), deixando aos particulares, como contrapartida do direito que

Ademais, a sociedade atual de risco atenta, para o uso ilimitado do bem ambiental, como refere Leite "para a sua apropriação, para a sua mercantilização, para a expansão demográfica e para o capitalismo predatório", justamente nessa sociedade de risco, é que se "estabelece a necessidade de reestruturação do Estado, com vista a transferir à população e à coletividade a gestão e as decisões ambientais".⁷² Muito embora, essa mesma sociedade não saiba ou não queira esse encargo do cuidado, do zelo.

Por conseguinte, destaca Mirra, que o meio ambiente é "um bem autônomo, de natureza incorpórea e imaterial",⁷³ e exemplifica que na Itália, a "doutrina especializada tem ressaltado a característica básica do meio ambiente como bem imaterial unitário e global, distinto dos elementos materiais que o compõem".⁷⁴ Como também sintetiza Benjamin, como "bem", é verdadeiro *universitas corporalis*, portanto, é imaterial.⁷⁵

lhes outorga, um dever genérico de tutela e resguardo (art. 225, caput), além de deveres-derivados, mais específicos para os degradadores (art. 225, parágrafos 2 e 3)." Benjamin, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Morato Leite, José Rubens (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. Ver também: Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In: Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82.

⁷² Leite, José Rubens Morato. Manual de direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 45

⁷³ Mirra, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 14. Ver também: Morato Leite, José Rubens; Ayala, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. Sequência: Estudos jurídicos e políticos, v. 21 n. 41, 2000. p. 113-136.

⁷⁴ Como adverte: "Os elementos corpóreos integrantes do meio ambiente têm conceituação e regime próprios e estão submetidos a uma legislação própria e específica à legislação setorial (o Código Florestal, a Lei de Proteção à Fauna, o Código de águas, a legislação sobre proteção do patrimônio cultural, etc.). Quando se fala, assim, na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, por exemplo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal visado pelo legislador". p. 179. Mirra, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 15.

⁷⁵ Ou seja: "não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas, como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência, na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque, com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável". Benjamin, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Morato Leite, José Rubens (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007. Ver também: Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In: Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 75.

Tanto que a Resolução brasileira do CONAMA 01/86, (Conselho Nacional do Meio Ambiente) que trata de impacto ambiental, traz o meio ambiente como um bem incorpóreo e imaterial, distinto dos bens ambientais.⁷⁶

Os bens ambientais, mesmo os atribuídos aos Entes Federativos pela Constituição são bens difusos, pois a CF/88, "ainda que timidamente, já 'pressentia' essa diferença entre bens ambientais/bens difusos e bens públicos". (arts. 5º, LXXIII e 129, III, diferenciam patrimônio público de meio ambiente). (arts. 20 e 26 não têm como objetivo transformar a natureza dos bens ambientais), mas, destaca Bechara sim "determinar que eles estejam sempre cientes das utilizações que se pretenda fazer deles, que as fiscalizem para que não lhes seja dado um mau uso, um uso indevido, e que reprimam todo uso desconforme com a política ambiental vigente".⁷⁷

A CF/88 classifica o meio ambiente como *res communes omnium*, o que significa segundo Steigleder que "não é um bem público estrito senso, mas um bem de interesse público".⁷⁸ Tanto que o proprietário, seja ele pessoa particular ou pública, segundo Santili "não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade".⁷⁹ Nesse sentido também Antunes leciona que no "regime constitucional brasileiro, o artigo 225 da CF impõe a conclusão de que o direito ao ambiente prístino é um dos direitos humanos fundamentais".⁸⁰

⁷⁶ "Artigo 1º - Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais". BRASIL. Resolução Conama nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Brasília, DF: Planalto, 1986. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF>. Acesso em: 11 jul. 2019.

⁷⁷ Bechara, Érika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 35.

⁷⁸ Steigleder, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 85

⁷⁹ Santilli, Juliana. Os 'novos' direitos socioambientais. Revista Direito & Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 6, n. 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006. p.178.

⁸⁰ Aduz: "É, o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, portanto, é *res communes omnium* (coisa comum a todos), interesse comum, tutelável judicialmente por meio de ação popular, como se pode ver do artigo 5º da CF em seu inciso LXXIII. Uma consequência lógica da identificação do direito ao ambiente como um direito humano fundamental, conjugada com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, é que no centro de gravitação do Direito Ambiental se encontra o Ser Humano". Antunes, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 13.

A CF/88 embora não tenha definido o que é um ambiente ecologicamente equilibrado em relação ao uso de seus recursos, estabeleceu-o como elemento essencial à sadia qualidade de vida e, por conseguinte, será considerado equilibrado se o meio ambiente possibilitar uma vida saudável e com dignidade.⁸¹

Vale lembrar ainda com Benjamin que a natureza do bem ambiental, refere-se ao zelo com e pelo meio ambiente.⁸²

Por outra via, no direito português, destaca Aragão, que os “falsos conceitos de bens ‘livres’, de *res communes* e de *res nullius*, conduziram a um fenómeno conhecido como a ‘tragédia dos comuns’, referência aos efeitos sociais e economicamente perniciosos da acelerada e irresponsável delapidação dos recursos ambientais comuns”.⁸³

Apenas lembrando que a “tragédia dos comuns”, refere-se ao trabalho de Garret Hardin, publicado em 1968, no qual analisa o uso e gestão de bens coletivos, (pasto comum) e chega à conclusão de que são sempre necessárias instituições

⁸¹ Teixeira, Orci Paulino Bretanha. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 64

⁸² Enfatiza: “pública – enquanto realiza um fim público ao fornecer utilidade a toda a coletividade – e fundamental – enquanto essencial à sobrevivência do homem –, é uma extensão do seu núcleo finalístico principal: a valorização, preservação, recuperação e desenvolvimento da fruição coletiva do meio ambiente, suporte da vida humana. Em síntese, o zelo, como conceito integral, pela qualidade do meio ambiente”. Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In: Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 9-82. p. 74-75.

⁸³ Afirma Aragão, p. 27: “Os falsos conceitos de bens “livres”, de *res communes* e de *res nullius*, conduziram a um fenómeno conhecido como a “tragédia dos comuns”, referência aos efeitos sociais e economicamente perniciosos da acelerada e irresponsável delapidação dos recursos ambientais comuns (Os “bens comuns” opõem-se a “bens em propriedade privada”, que são aqueles de que o proprietário goza do jura excludendi omnes alios, o poder de excluir todos os outros pretensos utilizadores.) São vários os sucessivos actos da tragédia dos comuns: • Em primeiro lugar, não havendo limitação monetária da procura, não há qualquer estímulo para uma utilização parcimoniosa dos recursos naturais. Surge a “economia de desperdício”; • Depois, não sendo as *res nullius* apropriáveis individualmente, não há alguém especificamente interessado, como seria o caso do proprietário, em limitar a utilização eventualmente abusiva destes bens; • Por fim, como são bens aos quais o acesso é livre, inibem comportamentos de cooperação entre os utilizadores com vista a limitar o seu uso, e, por maioria de razão, inibem a adopção de medidas ou procedimentos técnicos de “renovação” ou “purificação” dos recursos. Efectivamente, sendo livre o acesso aos bens, mesmo que um determinado utilizador não pudesse ou não quisesse cooperar, seria impossível excluí-lo dos benefícios do melhoramento da do ambiente para que não contribuiu, diluindo-se os ganhos da cooperação pelos não cooperantes, ou “free riders”. Em suma, todos estes factores se conjugaram para desenvolver e enraizar, nos Homens em geral e nos agentes económicos em particular, aquilo a que Leite de Campos⁴⁵ chamou “mentalidade predatória” do ambiente, exteriorizada através de uma sistemática, generalizada e irresponsável delapidação dos recursos naturais”. Aragão. Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo : Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planete_Verde.pdf. Acesso em: 14 out. 2019. p. 46-47.

externas a coletividade, como o Estado ou o mercado.⁸⁴

No direito português, adverte ainda Canotilho e Moreira, o ambiente, a saúde e o patrimônio, “são bens autônomos, quer relativamente aos bens que constituem o objeto de direito patrimonial específico quer em relação às coisas do domínio público e às tradicionais *res communes ommium*”.^{85 86}

E a partir dessa perspectiva econômica, Benjamin afirma que os “bens comunais (e a partir deles, os direitos e interesses difusos e coletivos), criam uma forte necessidade de ‘personificação’, como forma de estimular a proteção”. E conclui: “É por isso que a ordem jurídica, de uma hora para outra, passa a enxergar o meio ambiente como bem, cuja titularidade – pelo menos para fins de seu resguardo – deve ser materializada e individualizada em alguém: o próprio Estado”⁸⁷ ou seja, União, Estados, Municípios, Ministério Público, Defensorias Públicas, ou Entes Privados como associações, partidos políticos ou cidadão isolado.

Os direitos transindividuais, alerta Zavascki, “surgem da superação, hoje indiscutível, da tradicional dicotomia entre interesse público e interesse privado”. Portanto é direito “que não pertence à administração pública nem a indivíduos particularmente determinados. Pertence, sim, a um grupo de pessoas, a uma classe, a uma categoria, ou à própria sociedade, considerada em seu sentido amplo”.⁸⁸ Ou seja, referem-se a uma nova categoria de bens, vinculados que estão na sua natureza transindividual e que são denominados de bens de interesse difuso. Ao passo que

⁸⁴ Hardin, Garret. The tragedy of the commons. Science, v. 162, 1968, p. 1243-1248. Disponível em: <http://www.cs.wright.edu/~swang/cs409/Hardin.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019. Ver também Mattei, Ugo. Bienes comunes. Un manifesto. Madrid: Ed. Trotta, 2013.

⁸⁵ Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 282. ver também Canotilho, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicística. In: Amaral, Diogo Freitas do (coord.). Direito do ambiente. Oeiras: Instituto de Administração, 1994.

⁸⁶ Em primeiro lugar: “o bem ambiental pode qualificar-se como bem jurídico, se e na medida em que é objeto de uma disciplina autônoma distinta, relativamente ao regime jurídico patrimonial dos bens, privados ou públicos, ou da *res communis omnium* que o constituem. Conseqüentemente, é necessário que a proteção do ambiente tenha na lei ou em outras fontes (p. ex.: comunitárias ou do direito internacional) um título jurídico autônomo. O fundamento da tutela específica e autônoma reconduzir-se-á, logicamente, à necessidade da conservação ou gozo do bem ambiental por parte da coletividade ou do particular *uti cives*”. Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 325-326.

⁸⁷ Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In: Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82. p. 75.

⁸⁸ Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 34.

Fiorillo entende que a Constituição criou esse terceiro gênero de bem, distinto dos bens públicos e privados. Nesse sentido, o bem ambiental, de natureza difusa, pertence à coletividade e pode ser usufruído por todos de acordo com as normas constitucionais.⁸⁹

Ainda, segundo Pureza, configura-se o meio ambiente "como um direito função", portanto, um direito de responsabilidade compartilhada de todos, com direitos e deveres de todos, "não se inserindo mais como um direito subjetivo de perfil egoístico", mas sim com perfil de solidariedade,⁹⁰ que é um dos princípios fundantes da responsabilidade.

Por tudo, a preservação do meio ambiente é sim um direito e um dever de todos, e o bem ambiental pertence a todos. Sendo assim, cabe ao poder público o seu gerenciamento e é nesse sentido que deve ser interpretado o artigo 225 da CF/88 quando é mencionada a expressão, o termo "domínio".

REFERÊNCIAS

ALI Mokouar, Mohamed. Le Droit de L'environnement dans la Charte Africain de Droit de L'homme et des Peuples, étude juridique de la FAO en ligne nº 16, avril de 2001, Também disponível em: <http://www.fao.org/3/a-bb049f.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Antunes, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

Aragão. Alexandra. O princípio do poluidor pagador: pedra angular da política comunitária do ambiente. São Paulo : Inst. O Direito por um Planeta Verde, 2014. Disponível em: https://www.uc.pt/fduc/ij/publicacoes/pdfs/Poluidor_Pagador_Alexandra_Aragao_Planeta_Verde.pdf. Acesso em: 14 out. 2019.

Baracho Júnior, José Alfredo de Oliveira. Responsabilidade Civil por Dano ao Meio Ambiente. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2000.

Bechara, Érika. A proteção da fauna sob a ótica constitucional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

⁸⁹ Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011. p. 43.

⁹⁰ Pureza, José Manuel. Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997. p. 24.

Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos e. A responsabilidade civil pelo dano ambiental no direito brasileiro e as lições do direito comparado. 1998. BDJur, Brasília, DF. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8632>. Acesso em: 17 jul. 2019.

Benjamin, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: Canotilho, José Joaquim Gomes; Morato Leite, José Rubens (org.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2007.

Benjamin, Antônio Herman. Função ambiental. In Benjamin, Antônio Herman. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 9-82.

Bobbio, Norberto. A era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Bobbio, Norberto. A era dos direitos. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

Brasil. Resolução Conama nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Brasília, DF: Planalto, 1986. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF>. Acesso em: 11 jul. 2019.

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial). Recurso Especial 1711009/MG. Relator:

Cafferatta, Néstor A. Introducción al Derecho Ambiental, Secretaría de Medioambiente y recursos naturales, México, Instituto Nacional de Ecología, PNUMA, 2004.

Canotilho, José Joaquim de Gomes. Processo administrativo e defesa do ambiente. Revista de Legislação e Jurisprudência, Coimbra, n. 3.802, 1991.

Canotilho, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

Canotilho, José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 282. ver também Canotilho, José Joaquim Gomes. A responsabilidade por danos ambientais: aproximação juspublicística. In: Amaral, Diogo Freitas do (coord.). Direito do ambiente. Oeiras: Instituto de Administração, 1994.

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Carta de Banjul de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 15 abr. 2019.

Carta Encíclica Laudato Si' do Santo Padre Francisco Sobre o Cuidado da Casa Comum. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco20150524enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano – 1972. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da USP, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>. Acesso em: 07 out. 2019..

Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - 1992. Rio de Janeiro, 1992. Disponível em: http://www.meioambiente.pr.gov.br/arquivos/File/agenda21/Declaracao_Rio_Meio_Ambiente_Desenvolvimento.pdf. Acesso em: 15 dez. 2018.

Dell'anno, Paolo. Manuale di diritto ambientale. Padova: Casa Editrice Dott, 1998.

Descartes, René. Discurso do método. Trad. de João Cruz Costa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

España. Tribunal Supremo de España. Disponível em: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/>. Acesso em 10 out. 2019.

Fensterseifer, Tiago. Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente: A dimensão ecológica da dignidade da pessoas humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogada Editora, 2008.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco. O bem ambiental pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem, a contribuição dada pela doutrina italiana e a posição do Supremo Tribunal Federal em face do HC 89.878/10. Revista Direito Ambiental e sociedade, v. 1, n. 1, p. 11-46, 2011.

Fiorillo, Celso Antônio Pacheco; Rodrigues, Marcelo Abelha. Manual de direito ambiental e legislação aplicável. São Paulo: Max Limonad, 1996.

Freitas, Vladimir Passos de. A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais. 2 ed. Ed. RT, 2002.

Freitas, Vladimir Passos de. Direito Administrativo e Meio Ambiente. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

Garcia, Marcos Leite. A concepção Tridimensional dos Direitos Fundamentais de Gregorio Peces-Barba: reflexões na busca de critérios para o conceito de Direitos Humanos. In: Cruz, Paulo Márcio; Brandão, Paulo de Tarso; Oliviero, Maurizio (org.). O Direito Contemporâneo e Diálogos Científicos Univali e Perugia. Perugia: Univali, 2016. p. 16. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/O%20direito%20contempor%C3%A2neo%20e%20di%C3%A1logos%20cient%C3%ADficos%20Univali%20e%20Perugia.pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

Gomes, Carla Amado. As operações materiais administrativas e o Direito do ambiente. Lisboa. 1999.

Gomes, Carla Amado. Direito do ambiente na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos: uma nota sobre o artigo 24º da Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/papers/texto-artigo_24o-versaolonga.pdf. Acesso em: 15 abr. 2019;

Gomes, Carla Amado. Introdução ao Direito do Ambiente, 4 ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

Gomes, Carla Amado. O ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. Mundo Jurídico, 2000. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19332-19333-1-PB.pdf>. Acesso em 20 dez. 2019.

Hardin, Garret. The tragedy of the commons. Science, v. 162, 1968, p. 1243-1248. Disponível em:

Herkenhoff, João Baptista. Curso de Direitos Humanos: Gênese dos Direitos Humanos. São Paulo: Ed. Acadêmica, 1994. v. 1.

Italia. Legge 8 luglio 1986, n. 349. Supplemento Ordinario, n. 59 G.U.R.I. 15 luglio 1986, n. 162. Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale. Disponível em: https://www.minambiente.it/sites/default/files/legge_08_07_1986_349.pdf. Acesso em 20 set. 2019.

Iturraspe, Jorge Mosset. El daño ambiental en el Derecho Privado. In: Mosset Iturraspe, Jorge – Hutchinson, Tomás – Donna, Edgardo A. Daño Ambiental. Rubinzal-Culzoni: Santa Fe, 1999.

Lago, Antônio Pádua; Augusto, José. O que é ecologia? 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

Leff, Enrique. Epistemologia ambiental. Trad. de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2010.

Lei de Bases do Ambiente de Portugal, Lei n.º 19/2014 de 14 de abril, define as bases da política de ambiente, revoga a anterior 11/87. Lei n.º 19/2014, de 14 de Abril (Lei de Bases da Política de Ambiente). Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nversa o Acesso em: 20 out. 2019.

Leite, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Leite, José Rubens Morato. O dano moral ambiental difuso: conceituação, classificação e jurisprudência brasileira. In: Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (org.). Actas do Colóquio: a responsabilidade civil por dano ambiental. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2009. Disponível em: www.icjp.pt. Acesso em: 04 jan. 2019.

Leite, José Rubens Morato. Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

Leite, José Rubens Morato. Manual de direito ambiental. São Paulo: Saraiva, 2015.

Lorenzetti, R. L. Teoría del Derecho Ambiental, Buenos Aires: La Ley, 2008. Lorenzetti, P. Funciones de la responsabilidad civil y daño ambiental en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. Publicado en: RCyS2013-VIII, 5. Cita Online: AR/DOC/2574/2013.

Lorenzetti, Ricardo Luis. Las normas fundamentales del Derecho Privado, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

Machado, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Marques, Francisco Paes. A Convenção de Aarhus e as relações jurídicas administrativas multipolares. In: Gomes, Carla Amado; Antunes, Tiago (org.). A trilogia de Aarhus. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2015, p. 66-67. Disponível em: <http://www.icjp.pt/publicacoes/pub/1/6090/view>. Acesso em: 20 set. 2020.

Martins, Antonio Carvalho. A política de ambiente da Comunidade Económica Europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 1990.

Mateo, Ramón Martín. Manual de derecho ambiental. 2. ed. Madrid: Trivium, 1998.

Milaré, Édis. A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990.

Milaré, Édis. Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

Mirra, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Morato Leite, José Rubens; Ayala, Patryck de Araújo. A transdisciplinaridade do direito ambiental e a sua equidade intergeracional. Sequência: Estudos jurídicos e políticos, v. 21 n. 41, 2000. p. 113-136.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotada pela Resolução n. 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificada pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Dir>

eitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf. Acesso em: 18 dez. 2018.

Padilha, Norma Sueli. Do meio ambiente do trabalho equilibrado. São Paulo: LTr, 2002.
Peces-Barba, Gregório. Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General. Com La Colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa, Ángel Llamas Cascón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

Piovesan, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: Direito constitucional. Temas atuais. Homenagem à Professora Leda Pereira da Mota. São Paulo: Método, 2007.

Pureza, José Manuel. Tribunais, natureza e sociedade: o direito do ambiente em Portugal. Coimbra: Centro de Estudos Sociais, 1997.

RAE, Diccionario de la Lengua Española, Ed. 2001.

Rocha, Leonel Severo; Scherbaum, Julia Francieli Neves de. O Manifesto da Transconstitucionalidade para preservação do meio ambiente. Revista Eletrônica do Curso de Direito, Santa Maria, v. 14, n. 3, 2019. p. 13-14. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/31955/pdf>. Acesso em: 20 set. 2019.

Rodrigues, Marcelo Abelha. Processo Civil Ambiental. 4. ed. rev. atual. ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

Santilli, Juliana. Os 'novos' direitos socioambientais. Revista Direito & Justiça: Reflexões Sociojurídicas, v. 6, n. 9. Porto Alegre: Ed. PUC-RS, novembro 2006.

Sarlet, Ingo Wolfgang e Fensterseifer, Tiago. Direito constitucional ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Sarlet, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Sarlet, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

Silva, José Afonso da. Direito Ambiental constitucional. São Paulo: Malheiros, 1994 (1998) (2004) (2009).

SILVA. Vasco Pereira da. Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente. In: Verdes são também os Direitos do Homem / Responsabilidade Administrativa em Matéria de Ambiente, Cascais, 2000.

Steigleder, Annelise Monteiro. Responsabilidade Civil Ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

Teixeira, Orci Paulino Bretanha. O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Wolkmer, Antonio Carlos. Direitos Humanos: Novas Dimensões e Novas Fundamentações. Revista Direito em Debate. Ano 10, n. 16/17, jan./jun. 2002. Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/768>. Acesso em: 20 set. 2019.

Zavascki, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

59. O RIO SÃO FRANCISCO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS NO CONTEXTO DA ESCASSEZ HÍDRICA NO SEMIÁRIDO NORDESTINO

THE SÃO FRANCISCO RIVER AS SUBJECT TO RIGHTS IN THE CONTEXT OF WATER SCARCITY IN THE NORTHEAST SEMIARID



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-59>

Patrícia Albuquerque Vieira¹

Gina Marcílio Pompeu²

Resumo

No semiárido nordestino, a escassez hídrica associada à incerteza climática tem, desde muito tempo, limitado as atividades básicas dos moradores da região. A ausência de abastecimento de água e o insipiente desenvolvimento das atividades agrícolas e industriais caracterizam a localidade pela seca, fome, morte de pessoas e drama dos refugiados climáticos. Nesse contexto, o Projeto de Transposição do Rio São Francisco surgiu com a meta de assegurar o suprimento e distribuição de água. No entanto, a questão envolvendo a sua execução divide opiniões. Neste estudo, pretende-se abordar o problema da escassez hídrica no semiárido nordestino ante ao direito fundamental ao acesso à água potável, e por outro viés, verificar a possibilidade de elevação do Rio São Francisco à condição de sujeito de direito, assim como ocorreu com o Rio Atrato, na Colômbia, por meio da Sentença T-622. Ressalta-se a essencialidade de manter a saúde, sustentabilidade e direito da natureza. Primeiramente, estuda-se a questão do acesso à água potável no semiárido nordestino, um bem natural escasso; após, analisa-se a legislação brasileira que trata do assunto e, por fim, propõe-se o reconhecimento do Rio São Francisco, o maior rio totalmente brasileiro, como sujeito de direitos, de forma a garantir a proteção da natureza como um fim em si mesmo que, inevitavelmente,

¹ Mestranda em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza. Membro do grupo de estudos REPJAAL. Advogada. E-mail: patriciaalbuquerquevieira@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7351-0541>.

² Estágio Pós-Doutoral em Direito pela Universidade de Lisboa, Portugal (2017), Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (2004), Mestrado em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (1994), possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1987). Atualmente é Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, Mestrado e Doutorado (MINTER / DINTER) UNIFOR - CIESA. Analista Legislativo Advogada NSP 23 da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. É coordenadora do grupo de pesquisas REPJAAL, Relações econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais da América Latina cadastrado no CNPQ, líder do CELA, Centro de Estudos Latino-Americano da Universidade de Fortaleza. Membro da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia <http://red-idd.com/> Email: ginapompeu@unifor.br

acabará por repercutir positivamente na sociedade e nas futuras gerações. Para tanto, utiliza-se do método indutivo na investigação de dados e relatórios, bem como da técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Água Potável. Rio São Francisco. Semiárido. Nordeste.

Abstract

In the northeastern semiarid region, water scarcity associated with climate uncertainty has, for a long time, limited the basic activities of the region's inhabitants, the supply and development of agricultural and industrial activities, characterized by drought, hunger, death of people and the drama of climatic refugees. In this context, the Rio São Francisco Transposition Project emerged with the goal of ensuring water supply and distribution for the region. However, the issue surrounding its execution divides opinions. In this study, we intend to address the problem of water scarcity in the northeastern semiarid in view of the fundamental right to access drinking water, primarily dealing with the possibility of raising the São Francisco River to the status of rights holder, just as it happened with the Atrato River, in Colombia, through Judgment T-622, for the purpose of stopping unprecedented exploitation, protecting citizens and ensuring fair distribution. First, the issue of access to drinking water in the Northeastern semi-arid, a scarce natural good, was studied. Afterwards, Brazilian legislation dealing with the subject was analyzed. Finally, the importance of recognizing the São Francisco River, the largest fully Brazilian river, was analyzed as a subject of rights, in light of the Colombian experience, in order to guarantee the protection of nature as an end in itself that, inevitably, will eventually reach society and future generations. For that, use the inductive method in the investigation of data and reports, as well as the bibliographic research technique.

Keywords: Fundamental rights. Potable water. São Francisco River. Semiarid. Northeast.

INTRODUÇÃO

A água potável do Planeta Terra, direito fundamental indispensável à sobrevivência humana e das demais espécies, foi, durante muito tempo, considerada um recurso³ natural infinito. Recentemente, com o crescente e mau uso do líquido e com a percepção da sua limitação atinente à disponibilidade, o acesso à água passou a ver visto, na esfera global, como um fenômeno sério e ameaçador. Assim, a

³ Sabe-se que água e recurso não são sinônimos, no entanto, como a Constituição Federal de 1988 empregou a expressão "recursos hídricos", neste trabalho, o termo será empregado sem determinada distinção.

universalidade de sua obtenção trata-se de um dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS⁴, da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas-ONU⁵.

Em conformidade com o último relatório da UNICEF e da Organização Mundial de Saúde (OMS)⁶, bilhões de pessoas continuam sofrendo com a falta de acesso à água, saneamento e higiene. No Brasil, quase 35 milhões de pessoas não possuem acesso à água potável, tal escassez é bastante visível, sobretudo, na região semiárida nordestina que corresponde a 58% do território. Nesse sentido, o projeto de Transposição do Rio São Francisco, que tem sua nascente no alto do Parque Nacional da Serra da Canastra, surgiu com o intuito de atenuar os efeitos da seca.

Diante disso, pretende-se abordar a questão da escassez hídrica na região do semiárido nordestino ante ao direito fundamental ao acesso à água potável, tratando precipuamente da possibilidade de elevação do Rio São Francisco à condição de sujeito de direitos à luz da Sentença T-622, de 2016, da Corte Constitucional Colombiana para que se possibilite deter a exploração sem precedentes, proteger os cidadãos residentes às margens do rio e garantir uma distribuição justa.

É central para o presente trabalho discorrer acerca do direito fundamental ao acesso à água potável e as condições e características do semiárido nordestino; analisar a legislação brasileira pertinente ao direito fundamental ao acesso à água potável e o combate à desertificação e mitigação dos efeitos da seca; e, por fim, realizar uma análise da possibilidade de elevação do rio São Francisco, o maior rio que, inclusive, possui seu curso de água inteiramente dentro do Brasil, à condição de sujeito de direitos no sentido de defendê-lo da superexploração, proteger a população que vive às suas margens e possíveis beneficiários e buscar justiça diante de seu acesso.

A definição do problema deste trabalho gira em torno de três matrizes: uma sociológica, que representa o pano de fundo de todo artigo, momento em que assume e reconhece que a população que reside no sertão nordestino não possui o devido acesso ao líquido que é indispensável para a sua sobrevivência; a outra diz respeito

⁴ Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos.

⁵ Conforme informado pela ONU <<https://www.un.org/sustainabledevelopment/water-and-sanitation>>, acesso em 20 set. 2020.

⁶ *Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2017, 2019*, p. 7-9.

à análise da Política Nacional de Recursos Hídricos, bem como da legislação atinente à temática em estudo; e a última é a tentativa de elevar o rio São Francisco à condição de sujeito de direitos, ilustrando com o caso concreto do rio colombiano Atrato, a fim de embasar uma possível decisão com fins de minimizar a exploração, a precariedade do acesso à água potável no semiárido nordestino, bem como a injustiça hídrica.

A hipótese expressa por meio de pergunta-problema se externaliza a partir do questionamento se, a partir de decisão do Supremo Tribunal Federal reconhecendo o Rio São Francisco como sujeito de direitos, os resultados serão benéficos para o sertão nordestino, englobando, meio ambiente e comunidade, ou não.

A metodologia utilizada se baseia em estudos empíricos e teóricos, inicia com a compreensão da essencialidade do acesso à água potável para garantir o mínimo existencial para a população que reside no semiárido nordestino. Optou-se, também, por realizar um breve estudo exploratório que consistirá no levantamento de relatórios a respeito do acesso à água potável na região semiárida do Nordeste a fim de demonstrar que mesmo sendo indispensável à sobrevivência humana, grande parte da população sobrevive de forma insatisfatória.

São observados tais direitos sob a perspectiva da legislação brasileira, relacionando à decisão da Corte Constitucional Colombiana que, em 2016, por meio da Sentença T-622, reconheceu os direitos do rio Atrato em si mesmo com fins de obtenção de tal reconhecimento para o rio São Francisco. As fontes de coletas de dados utilizados serão: levantamento de relatórios e pesquisa bibliográfica. Por pesquisa bibliográfica compreende-se por estudo dos principais autores que abordam o tema.

1 O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NA REGIÃO DO SEMIÁRIDO NORDESTINO

Em setembro de 2015, os chefes de Estado e de governo reuniram-se na Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável da ONU com fins de estabelecer os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS a serem alcançados até 2030, construídos sob o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio instituídos em 2000. Os objetivos são integrados, indivisíveis e equilibram

as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. A manutenção dignidade da pessoa humana e a erradicação da pobreza são pontos fundamentais⁷.

Para tanto, faz-se imprescindível o acesso equitativo à água potável. "O conteúdo do direito humano à água tem sido definido, de modo geral, como direito de acesso à água suficientemente limpa e em quantidades suficientes para satisfazer às necessidades humanas em termos de bebida, de higiene, de limpeza, de cozinha e de saneamento⁸". Sem tal recurso não há meios para que se possa viver com dignidade⁹. No entanto, estima-se que três em cada dez pessoas no mundo¹⁰ não possuem acesso ao líquido e inúmeras crianças diariamente chegam a óbito em virtude das doenças causadas pela falta de água limpa e esgoto adequado¹¹.

No Brasil, de acordo com o último relatório do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS), de 2018, embora considerado um país privilegiado por concentrar, em média, 12% da água doce do mundo em seu território, cerca de 35 milhões de cidadãos não são atendidos com abastecimento de água tratada, isto é, não possuem o que se entende por mínimo para que se garanta a dignidade humana e estão à margem de doenças ou de vir a óbito em razão disto. A tabela a seguir demonstra o alcance da água potável por região do país¹².

⁷ Conforme informado pela ONU <<https://nacoesunidas.org/pos2015/cupula>>, acesso em 20 set. 2020.

⁸ *Texte préparé pour la Journée Mondiale de l'Eau, rédigé par Margret Vidar et Mohamed Ali Mekouar, Bureau Juridique, Organisation des Nations Unies pour l'Alimentation et l'Agriculture (FAO).*

⁹ Para Sarlet in SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 70, a dignidade da pessoa humana é "a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida".

¹⁰ Conforme informado pela UNICEF <<https://www.unicef.org/angola/comunicados-de-imprensa/21-bilh%C3%B5es-de-pessoas-n%C3%A3o-t%C3%A3m-acesso-%C3%A1-gua-pot%C3%A1vel-em-casa-e-mais-do-dobro#:~:text=13%20DE%20JULHO%20DE%202017,um%20novo%20relat%C3%B3rio%20divulgado%20pela>>, acesso em 20 set. 2020.

¹¹ CARLI, Ana Alice de. *Água é vida: eu cuido, eu poupo: para um futuro sem crise*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015, p. 55.

¹² O mapa da amostra de municípios cujos dados de abastecimento de água são coletados para elaboração de relatório do Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (SNIS) de 2018 não

TABELA 1 – DADOS DO ACESSO À ÁGUA POTÁVEL POR REGIÃO

Região	Percentual Populacional de Acesso à Água
Norte	57,05%
Nordeste	74,21%
Sudeste	91,03%
Sul	90,19%
Centro-Oeste	88,98%

Fonte: Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento (2018).

Na reportagem *Líquido e Incerto: o Futuro dos Recursos Hídricos do Brasil* divulgada pelo jornal Folha de São Paulo, em 2015, foi dito que o Brasil tem capacidade para fornecer mais de 43 mil m³ por habitante, anualmente, entretanto, somente 0,7% termina por ser utilizado. Os motivos são: distribuição, tendo em vista que a água é mais abundante onde menor é a população e mais as florestas são preservadas, como na Amazônia. Na região litorânea, bem como no Sudeste e no Nordeste, muitas cidades enfrentam problemas de abastecimento¹³.

Especificamente, a região do semiárido nordestino¹⁴, caracterizada pela abrangência de 56,46% da região Nordeste e marcada historicamente por condições desiguais de acesso à água, atinge 1.022 municípios distribuídos entre os estados à exceção do Maranhão e representa cerca de 10,5% da área do território nacional,¹⁵ sobrevive tendo por base a disponibilidade hídrica e sofre com as condições do

apresenta os dados de consideráveis municípios da Região Norte, sobretudo do Estado do Amazonas. Ainda assim, é o relatório mais completo sobre o assunto do país.

¹³ FOLHA DE SÃO PAULO. *Líquido e Incerto: o Futuro dos Recursos Hídricos no Brasil*. Disponível em <<http://arte.folha.uol.com.br/ambiente/2014/09/15/crise-da-agua>>. Acesso em 23 set. 2020.

¹⁴ Sabe-se que o espaço geográfico brasileiro que convencionou-se por intitular-se "semiárido brasileiro" não se limita à região nordeste, pois alcança parte do estado de Minas Gerais, conforme sua última atualização através da Portaria n 89, de 16 de março de 2005, do Ministério da Integração Nacional, e publicada no Diário Oficial da União (DOU) em 17 de março de 2005, na Seção 1, Edição de o n 52. No entanto, esta pesquisa tem, por objeto, tão-somente, a região nordestina, sendo, assim, caracterizado o semiárido nordestino.

¹⁵ MEDEIROS, S. S et al. *Sinopse do Censo Demográfico para o Semiárido brasileiro*. Campina Grande: INSA, 2012. Disponível em: <<https://portal.insa.gov.br/images/acervo-livros/Sinopse%20do%20Censo%20Demogr%C3%A1fico%20para%20o%20Semi%C3%A1rido%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

espaço devido a irregularidade pluviométrica ao longo do ano e entre anos, tendo em vista que em alguns anos chove acima da média e, em outros, predomina a escassez e concentração de forma a agravar a estiagem¹⁶.

Assim, considerando, ainda, o clima da região caracterizado por temperaturas altas, que tende a facilitar a evaporação, os rios secam ligeiramente e os lençóis se tornam mais profundos e diminuem, tornando a utilização de suas águas inviável¹⁷. “É fato também que, no contexto da atual era das mudanças climáticas, o aquecimento global agravará essa situação, posto que os extremos climáticos – como secas e inundações -tendem a se tornar mais severos e frequentes”¹⁸.

Faz-se este cenário propício à migração climática, pois devido à estas condições precárias de subsistência, pessoas se veem obrigadas a deixar seus lares em busca de condições melhores de vida ou de simplesmente sobreviver. Nesse sentido, a legislação que aborda o acesso à água potável é imprescindível para que se possa lutar e defender tal direito que é fundamental.

Cumprе ressaltar que a água entra em processo produtivo como insumo, de modo diversificado, nesse contexto, vale identificar maneiras para implementar o desenvolvimento sustentável no âmbito rural, a partir do fortalecimento das cadeias de valor nas atividades econômicas primárias. Afirma-se que desenvolvimento sustentável pressupõe desenvolvimento humano e que o uso ético das águas nas atividades econômicas requer a capacidade para produzir e preservar a natureza das águas como bem comum. ¹⁹ Observa-se de uma parte a promoção da dignidade humana por meio do acesso à água, e de outra sorte vale pontuar a inclusão da Natureza como sujeito de direito.

¹⁶ ANDRADE, Jucilaine Aparecida; NUNES, Marcos Antonio. Acesso à água no Semiárido Brasileiro: uma análise das políticas públicas implementadas na região. *Revista Espinhaço*, Belo Horizonte, v. 3, p. 28-39, julho. 2014, p. 29.

¹⁷ AB'SÁBER, A.N. Sertões e sertanejos: uma geografia humana sofrida. *Universidade de São Paulo*, v. 13, n. 36, p. 7-59, 1999, p. 26.

¹⁸ MELLO. João Alfredo Telles; MARQUES, Geovana de Oliveira Patrício. Ceará – A outorga dos recursos hídricos: instrumento de garantia do Direito Humano à Água ou de imposição de injustiça hídrica? O caso das indústrias hidroativas situadas no Complexo Industrial e Portuário do Pecém, Ceará. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Direito Ambiental, Recursos Hídricos e Saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da Política Nacional de Recursos Hídricos e aos 10 anos da Política Nacional de Saneamento*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

¹⁹ ANTUNES, M.Claudia, POMPEU, Gina V. M., FREITAS, Ana Carla. Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. RJ:Lumem Juris, 2018.p.7-34.

2 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA QUE ABORDA O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À ÁGUA E O COMBATE À DESERTIFICAÇÃO E MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA SECA

Não se pretende, neste tópico, esgotar a temática pertinente à legislação que aborda o direito fundamental ao acesso à água potável, mas trazer algumas contribuições necessárias a este estudo. Assim, a Constituição Federal de 1988 (CRFB), em seu artigo 225, *caput*, aduz que: "todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, 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".

Muito embora não haja uma menção explícita relacionada ao direito fundamental à água potável e nem sequer o artigo esteja incluído no Título II da Constituição, entende-se e confirma-se pelo próprio texto²⁰ que o acesso à água trata-se de direito fundamental, pois, no atinente ao costume do constitucionalismo brasileiro, permite-se outros direitos para além dos oriundos do regime e dos princípios por ela anotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte²¹.

Ainda neste debate, destaca-se que podem existir direitos implícitos ou direitos fundamentais em sentido material. A Constituição, ao admitir como fundamentais direitos derivados das regras e dos princípios, possibilita a existência de direitos fundamentais não escritos que podem ser deduzidos por meio de ato interpretativo, tendo por base direitos presentes em seu texto normativo²². Assim, o artigo 6º da Constituição Federal de 1988²³ que reconhece o direito à saúde como fundamental, pode ser relacionado à água, pois não existe saúde e nem vida humana sem este recurso hídrico²⁴.

²⁰ Art. 5º, § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

²¹ MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 9. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 259.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 85.

²³ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, 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.

²⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros: 2001.

Oportuno ressaltar que o artigo 43 da CRFB determina que “para efeitos administrativos, a União poderá articular em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais”. E, no inciso IV do mesmo artigo direciona “a prioridade para o desenvolvimento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas”.

Em relação a competência, a CRFB tornou públicas todas as águas situadas no Brasil, dividindo-as entre águas federais (art. 20) e estaduais (art. 26). A matéria relacionada ao sistema de gerenciamento de recursos hídricos, definição de critérios de outorga de direitos de uso (art. 21, XIX) é exclusiva da União e a legislação sobre às águas (art. 22, IV) é privativa²⁵ e no parágrafo único do mesmo dispositivo aduz que o Congresso Nacional poderá aprovar, em maioria absoluta da Câmara e do Senado, Lei Complementar que autorize os Estados a legislar sobre as questões específicas arroladas no mesmo artigo.

No plano infraconstitucional, em 1997, instituiu-se a Lei de Águas²⁶ que regulamenta o artigo 21 da CRFB, institui Política Nacional de Recursos Hídricos e cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH), tendo por fundamento a gestão descentralizada e participativa de seus recursos hídricos. Nesse diapasão, “o meio ambiente passa a ser tema transversal das políticas públicas, e a visão ecossistêmica deve prevalecer na governança da água. Pela primeira vez na gestão de águas no Brasil, as políticas públicas relacionam a escala nacional/global (rios e aquíferos transfronteiriços) e a escala local/regional (rios e aquíferos nacionais)”²⁷.

Somente em 2015 foi criada a Política Nacional de Combate à Desertificação e Mitigação dos Efeitos da Seca²⁸, que prevê a criação da Comissão Nacional de Combate à Desertificação (CNCD) e tem, dentre seus objetivos “prevenir, adaptar e mitigar os efeitos da seca em todo o território nacional; integrar

²⁵ VIEGAS, Eduardo Coral. Competência da gestão hídrica no Estado Federal brasileiro. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 129-160, jul/set, 2017, p. 140.

²⁶ Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997.

²⁷ WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política nacional de recursos hídricos: governança da água e cidadania ambiental. *Sequência (Florianópolis)*, Florianópolis, n. 67, p. 165-198, dez. 2013, p. 172, 173.

²⁸ Lei nº 13.153, de 30 de julho de 2015.

socioambientalmente de forma sustentável a produção e uso de recursos hídricos, a produção e o uso da infraestrutura de captação, de armazenamento e de condução hídrica com as ações de prevenção, adaptação e de combate à desertificação".

Nesse contexto, de reconhecimento de direito fundamental à água, bem como de necessidade de combate à seca para garantir tal acesso as populações do semiárido nordestino, que se insere o Projeto de Transposição da água do rio São Francisco, discutido há mais de um século²⁹ e que promete segurança hídrica. No entanto, a sua execução gera polêmicas políticas, acadêmicas e ambientalistas ao colocar em xeque os méritos da sustentabilidade e uma transposição socialmente responsável.

3 A ELEVAÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO À CONDIÇÃO DE SUJEITO DE DIREITOS COMO FORMA DE PROTEGÊ-LO DAS AÇÕES ANTRÓPICAS EXPLORADORAS E INJUSTAS

A transposição das águas do Rio São Francisco trata-se de execução de projeto de integração de bacias do rio São Francisco com as bacias do Nordeste Setentrional. Inclui os estados do Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas e parte de Pernambuco, por meio de bombeamento via canais artificiais de água visando fornecer água de forma sustentável para a população³⁰.

Importa salientar que, muito embora a comunidade que reside na região semiárida do nordeste possua carência e, ao mesmo tempo, direito à água e a transposição possa amenizar a grave situação, existe toda uma complexidade de fatores relacionados à execução desta obra pertinentes ao volume da água dos rios, a biodiversidade da região, a qualidade da água transportada e a economia das regiões envolvidas³¹.

Para ilustrar, em 2020, cerca de 2000 pessoas residentes nas proximidades

29 Em 1847, o engenheiro cearense Marcos de Macedo apresentava ao Imperador Pedro II o plano de transposição para resolver os problemas gerados pela seca do nordeste, no entanto, nada foi feito. Em 1983, o assunto foi retomando, entretanto, novamente, sem prosseguimento.

³⁰ CAÚLA, Bleine Queiroz e MOURA, Graziella Batista. Aspectos ambientais e jurídicos da transposição do Rio São Francisco. In: III Encontro da ANPPAS – 23 a 26 de maio de 2006, p. 5.

³¹ BISWAS, Asik K. *History of hidrology*. North-Holland Publish Co., Amsterdam, 1970.

da obra de transposição, do eixo norte do Estado do Ceará foram removidas, pois uma tubulação se rompeu e gerou um vazamento³². Em 2019, o Superior Tribunal de Justiça – STJ paralisou a execução das obras por motivo de grave lesão à ordem e manifesto interesse público em suspendê-la, devido a irregularidades administrativas. Tais acontecimentos refletem os danos causados ao meio ambiente e à população ante à ausência de um bom planejamento e respeito para com a seriedade da situação³³.

Por este motivo, defende-se neste trabalho a elevação do Rio São Francisco à condição de sujeito de direitos à luz do caso do Rio Atrato na Colômbia, pois não basta ter por objetivo a manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a gravidade da situação que vêm, anualmente, sendo gerada pelas ações antrópicas ante aos recursos naturais roga por uma mudança de paradigma. "Trata-se da ruptura e do deslocamento de valores antropocêntricos (tradição cultural europeia) para o reconhecimento de direitos próprios da natureza, um autêntico 'giro biocêntrico', fundado nas cosmovisões dos povos indígenas"³⁴.

Silviana L. Henkes³⁵ apresenta estudo sobre a transposição do Rio São Francisco e realiza a análise dos impactos ambientais da transposição. Fundamenta seu estudo de acordo com o Centro de Recursos Ambientais da Bahia, e alerta para

³² VALOR ECONÔMICO. Obra de transposição do São Francisco vaza e governo evacua 2.000 pessoas no CE. <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/08/22/obra-de-transposicao-do-sao-francisco-vaza-e-governo-evacua-2000-pessoas-no-ce.ghtml>>. Acesso em 24 set. 2020.

³³ AGRAVO INTERNO EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. OBRAS DE TRANSPOSIÇÃO DO RIO SÃO FRANCISCO. DECISÃO LIMINAR SUSPENSIVA DE CONTRATO EM CURSO. GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA E A ORDEM SOCIAL. INTERESSE PÚBLICO MANIFESTO. ANÁLISE DA LEGALIDADE DO CERTAME LICITATÓRIO. MÉRITO DA CONTROVÉRSIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Comprovados os impactos negativos, econômicos e sociais da decisão impugnada que paralisa obra de vulto, configuram-se grave lesão à ordem e à economia e manifesto interesse público em suspendê-la. 2. Ponderados o interesse imediato na paralisação da execução de contrato e a necessidade premente de sua conclusão, prevalece o interesse público imediato e urgente (...). (STJ – AgInt na SS: 3079 DF 2019/0105720-9, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data de Julgamento: 12/11/2019, CE – CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 20/11/2019).

³⁴ WOLKMER, Antônio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014, p. 1006.

³⁵ HENKES, Silviana L. . A política, o direito e o desenvolvimento: um estudo sobre a transposição do Rio São Francisco. In: *Revista Direito GV*. Vol 10. N.º.2 .São Paulo jul./dez. 2014. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322014000200497&lng=pt&tlng=pt. Acesso em 25 set.2020.

o RIMA que selecionou apenas 11 unidades de conservação das 123 existentes na bacia receptora, por estarem na área de intervenção direta do empreendimento, fato que pode subdimensionar as consequências causadas à área integral. Assim, cinco espécies exógenas à bacia do rio São Francisco, sob influência, do empreendimento, já foram citadas como espécies com algum nível de risco de extinção: a pirapitinga (*Brycon orthotaenia*), a piabinha (*Compsura heterura*), a piabinha (*Hemigrammus brevis*), o mandi-açu (*Duopalatinus emarginatus*) e o niquim (*Lophiosilurus alexandri*). A autora destaca que a área indiretamente afetada é uma área do patrimônio histórico e arquitetônico com construções dos séculos XVII e XVIII, além das riquezas naturais, como grutas, lagoas e reservas florestais e sítios arqueológicos que serão atingidos pela transposição.

No caso colombiano, a Corte Constitucional proferiu a sentença T-622 de 10 de novembro de 2016, lavrada pelo magistrado Jorge Iván Palacio após trâmites nas instâncias iniciais sem êxito, reconhecendo não somente os direitos fundamentais relacionados à manutenção da saúde do rio acima elencados e a obrigatoriedade de ações estatais visando o cumprimento de tais direitos, como também elevou o rio Atrato, sua bacia e afluentes à condição de entidade sujeito de direitos. Os direitos do rio foram reconhecidos em si mesmos, tendo em vista a unidade interdependente formada pela natureza e a espécie humana.

Encarar o rio São Francisco como sujeito de direitos traria uma nova forma de perspectiva necessária ante à natureza, ao rio e à comunidade. Faz-se necessária uma revitalização que envolve um corpo de ações que objetivem garantir a sustentabilidade que incluem “o aumento da quantidade e qualidade da água, a preservação do meio ambiente, conscientização e participação dos usuários no processo de revitalização e proteção ambiental, geração de empregos, ocupações de renda, reflorestamento de nascentes, matas ciliares e de galerias, além de tratamento de lixo e esgotos³⁶” e distribuição igualitária, necessário a um sujeito de direitos. Por fim ressalta-se a relevância do trabalho diuturno e competências do Comité da Bacia hidrográfica do Rio São Francisco, que tem como missão descentralizar o poder de decisão, integrar as ações

³⁶ CAÚLA, Bleine Queiroz e MOURA, Graziella Batista. Aspectos ambientais e jurídicos da transposição do Rio São Francisco. In: III Encontro da ANPPAS – 23 a 26 de maio de 2006, p. 14.

públicas e privadas e promover a participação de todos os setores da sociedade. Elenca como objetivos implementar a política de recursos hídricos em toda bacia, estabelecer regras de conduta locais, gerenciar os conflitos e os interesses locais.³⁷

CONCLUSÃO

A população nordestina, residente na região semiárida, tem vivido e convivido secularmente com a falta de abastecimento de água, componente indispensável para a garantia da dignidade da pessoa humana. Viver sem água significa sobreviver em uma situação em que se possui menos do que o mínimo existencial. O semiárido nordestino é caracterizado pelo baixo índice pluviométrico, nesse contexto a imagem, pela maior parte do ano, é de seca e desolação devido às altas temperaturas e elevado índice de evaporação.

O Direito Fundamental ao acesso à água, muito embora não esteja positivado constitucionalmente, por estar intrinsecamente relacionado ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao direito à saúde, compreende-se pela sua inclusão no título pertinente aos direitos e garantias fundamentais na Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar, que o texto constitucional prevê a redução das desigualdades regionais. No contexto do semiárido nordestino, o acesso à água implica em tal redução e vislumbrou-se na transposição das águas do Rio São Francisco esta possibilidade.

Nesse sentido, o projeto de transposição do Rio São Francisco surgiu como solução mais eficiente para aumentar o fornecimento de água para uma população que sofre as agruras da seca. No entanto, a melhor execução do projeto pro requer analisar os direitos da natureza em interpretação sistemática, ambiental, econômica, antropocêntrica e biocêntrica. Nesse diapasão dignidade humana faz parte do contexto maior da preservação e reparação ambiental.

Assim, propõe-se o reconhecimento do Rio São Francisco como sujeito de direitos, na mesma vertente do ocorrido com o Rio Atrato, na Colômbia, para que os direitos existam em si mesmos e seja marcada uma mudança paradigmática com

³⁷ Disponível em <https://cbhsaofrancisco.org.br/o-cbhsf/#missao>. Acesso em 25 set de 2020.

fins de defender o Rio e suas espécies e entornos da superexploração, sem com isso negligenciar o acesso à água potável, bem como proteger e garantir a dignidade e desenvolvimento humano.

REFERÊNCIAS

AB'SÁBER, A.N. Sertões e sertanejos: uma geografia humana sofrida. Universidade de São Paulo, v. 13, n. 36, 1999.

ANDRADE, Jucilaine Aparecida; NUNES, Marcos Antonio. Acesso à água no Semiárido Brasileiro: uma análise das políticas públicas implementadas na região. Revista Espinhaço, Belo Horizonte, v. 3, p. 28-39, julho. 2014.

ANTUNES, M.Claudia, POMPEU, Gina V. M., FREITAS, Ana Carla. Gestão das águas: dignidade humana e sustentabilidade por meio do fortalecimento das cadeias de valor. RJ:Lumem Juris, 2018

BISWAS, Asik K. History of hidrology. North-Holland Publish Co., Amsterdam, 1970.

CARLI, Ana Alice de. Água é vida: eu cuido, eu poupo: para um futuro sem crise. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

CAÚLA, Bleine Queiroz e MOURA, Graziella Batista. Aspectos ambientais e jurídicos da transposição do Rio São Francisco. In: III Encontro da ANPPAS – 23 a 26 de maio de 2006, p. 5.

FOLHA DE SÃO PAULO. Líquido e Incerto: o Futuro dos Recursos Hídricos no Brasil. Disponível em <<http://arte.folha.uol.com.br/ambiente/2014/09/15/crise-da-agua>>. Acesso em 23 set. 2020.

MEDEIROS, S. S et al. Sinopse do Censo Demográfico para o Semiárido brasileiro. Campina Grande: INSA, 2012. Disponível em: <<https://portal.insa.gov.br/images/acervo-livros/Sinopse%20do%20Censo%20Demogr%C3%A1fico%20para%20o%20Semi%C3%A1rido%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

MELLO. João Alfredo Telles; MARQUES, Geovana de Oliveira Patrício. Ceará – A outorga dos recursos hídricos: instrumento de garantia do Direito Humano à Água ou de imposição de injustiça hídrica? O caso das indústrias hidroativas situadas no Complexo Industrial e Portuário do Pecém, Ceará. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). Direito Ambiental, Recursos Hídricos e Saneamento: estudos em comemoração aos 20 anos da Política Nacional de Recursos Hídricos e aos 10 anos da Política Nacional de Saneamento. São Paulo: Letras Jurídicas, 2017.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 9. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2017, 2019

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER. Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros: 2001.

VALOR ECONÔMICO. Obra de transposição do São Francisco vaza e governo evacua 2.000 pessoas no CE. <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/08/22/obra-de-transposicao-do-sao-francisco-vaza-e-governo-evacua-2000-pessoas-no-ce.ghml>>. Acesso em 24 set. 2020.

VIEGAS, Eduardo Coral. Competência da gestão hídrica no Estado Federal brasileiro. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, ano 22, n. 87, p. 129-160, jul/set, 2017.

WOLKMER, Antônio Carlos; WOLKMER, Maria de Fatima S. Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política nacional de recursos hídricos: governança da água e cidadania ambiental. Sequência (Florianópolis), Florianópolis, n. 67, p. 165-198, dez. 2013.

60. CIÊNCIA, DIREITO DO SER COLETIVO À LIVRE DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE SUA EXISTÊNCIA E METAMORFOSE DO DIREITO

SCIENCE, THE RIGHT OF THE COLLECTIVE BEING TO THE FREE DETERMINATION OF THE CONDITIONS OF ITS EXISTENCE AND THE METAMORPHOSIS OF LAW



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-60>

*Liane Maria Santiago*¹

*Monica Mota Tassigny*²

RESUMO

No final do século XX, a América Latina e o Caribe se reúne para discutir uma nova visão e base de ação para a ciência no século XXI, em uma perspectiva multidimensional. Por outro lado, as ações e omissões do homem perante o meio ambiente assumem proporções incalculáveis, em um cenário de crise humanitária global. Com isso, as incoerências jurídico-normativas tornam-se ainda mais explícitas, em um contexto que situa povos e comunidades tradicionais em situação de grave vulnerabilidade social e ambiental. Diante desse cenário, questiona-se: qual a relação entre ciência e tecnologia e o direito do ser coletivo à livre determinação de sua existência no século XXI? Trata-se de pesquisa documental e bibliográfica, de

¹ Estágio Pós-Doutoral em Direito Constitucional na Universidade de Fortaleza (em andamento). Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR (2016-2020). Bolsista Fundação Edson Queiroz (2018) e FUNCAP-CAPES/BRASIL (2019-2020). Diretora e Fundadora da Rede Com.Ciência, Assessoria Ecotecnológica que oferece Cursos, Mentorias e Assessorias em pesquisa científica. Professora da Pós-Graduação Stricto Senso do DINTER/MANAUAS. Professora da Pós-Graduação Lato Senso em Direito Administrativo da Universidade de Fortaleza. Autora de trabalhos científicos premiados em 2018 e 2020. Gestora de Licitações e Contratos no Exército Brasileiro (2010-2012) e na Força Aérea Brasileira (2014-2016). Segunda líder do Grupo de Pesquisa GEPEDI/UNIFOR e pesquisadora do Grupo REPJAAL/UNIFOR, ambos da Universidade de Fortaleza. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2014). Especialista em Direito Processual: Grandes Transformações pela UNISUL (2009). Interessada em pesquisas científicas com ênfase nas áreas de Metodologia da Pesquisa Científica, Sustentabilidade, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito do Trabalho, Epistemologia Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Deontologia Jurídica e Argumentação Jurídica.

² Graduação em Educação (1986), mestrado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (1994), doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará (UFC, 202), doutorado sanduíche na Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales - E.H.E.S.S (PARIS, 2002) e Pós Doutorado pela Faculté de Droit et Sciences Politiques / Aix-Marseille Université (France) no Instituto Louis Favoreau - GERJC (UMR-DICE 7318) (2020/2021). Atualmente é professora titular da Universidade de Fortaleza, do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGD/UNIFOR) Pesquisas e publicações nas áreas: Ciência e Metodologias; Ensino jurídico; Direito e Tecnologias; Educação ambiental; Direito à educação; sustentabilidade; inclusão; acessibilidade e inovação. Membro titular da Academia Metropolitana de Letras de Fortaleza (Cadeira nº36) e membro efetivo da Câmara de Assessoramento Técnico-Científico da Funcap desde janeiro de 2019.

abordagem qualitativa, realizada no campo teórico. Em sede de resultados, constata-se que a ciência e a tecnologia constituem elementos centrais da cultura, da consciência social e da inteligência coletiva, o que favorece o reconhecimento dos direitos do ser coletivo. De outra monta, vislumbra-se a falência do Direito Ambiental e a necessidade de uma metamorfose do Direito, que compreende a transição de um Estado de Direito para um Estado Ecológico de Direito.

Palavras-chave: Ciência. Direitos do ser coletivo. Diversidade cultural. Consciência social. Metamorfose do Direito.

ABSTRACT

At the end of the 20th century, Latin America and the Caribbean came together to discuss a new vision and basis for action in science in the 21st century, in a multidimensional perspective. On the other hand, man's actions and omissions towards the environment take on incalculable proportions, in a scenario of global humanitarian crisis. As a result, legal-normative inconsistencies become even more explicit, in a context that places traditional peoples and communities in a situation of serious social and environmental vulnerability. Given this scenario, the question is: what is the relationship between science and technology and the right of the collective being to freely determine its existence in the 21st century? It is a documentary and bibliographic research, with a qualitative approach, carried out in the theoretical field. In terms of results, it appears that science and technology are central elements of culture, social awareness and collective intelligence, which favors the recognition of the rights of the collective being. On the other hand, there is a glimpse of the failure of Environmental Law and the need for a metamorphosis of Law, which includes the transition from a Rule of Law to an Ecological Rule of Law.

Keywords: Science. Collective rights. Cultural diversity. Social consciousness. Metamorphosis of Law.

INTRODUÇÃO

Em 1999, a América Latina e o Caribe discutem uma nova visão e base de ação para a ciência no século XXI, focada na ciência e tecnologia, na cultura de paz, na diversidade cultural, entre outros assuntos, a partir de uma perspectiva multidimensional. Contudo, em 2020, a pandemia da COVID-19 extrapolou toda e qualquer estimativa acerca das possíveis consequências das ações e omissões do homem perante o meio ambiente. Países distribuídos pelos diferentes continentes do mundo encaram uma crise sanitária, social, econômica, ambiental e cultural. Trata-se, na realidade, de uma crise humanitária sem precedentes.

No âmbito do Direito, destacam-se as incoerências jurídico-normativas entre o que dispõe a Constituição e as vivências dos povos e comunidades tradicionais,

acometidos por uma situação de grave vulnerabilidade social e ambiental. Diante desse cenário, questiona-se: qual a relação entre ciência e tecnologia e o direito do ser coletivo à livre determinação de sua existência no século XXI? Trata-se de pesquisa documental e bibliográfica, de abordagem qualitativa, realizada no campo teórico. Em sede de resultados, constata-se que a ciência e a tecnologia constituem elementos centrais da cultura, da consciência social e da inteligência coletiva, o que

No Brasil, os direitos dos povos e comunidades tradicionais encontram-se prejudicados por um ordenamento jurídico fundado em uma mentalidade antropocêntrica que atende à racionalidade econômica. Assim, a natureza assume a feição de um direito privado, controlado pelo homem. Por esse motivo, os direitos coletivos enfrentam uma difícil tradução no campo jurídico-normativo.

Por outro lado, a ciência aponta que foi o meio ambiente que produziu a espécie humana, cuja vida depende dos recursos nele contidos, de tal modo que nem os mais significativos avanços tecnológicos permitirão ao homem, em algum momento futuro, dissociar-se do meio ambiente. Isto porque a atividade humana inventiva e transformadora depende da matéria nele contida, sob todas as suas formas, para se concretizar.

Enquanto o ordenamento ampara o direito fundamental individual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, colocando o homem no centro do universo, os grupos culturalmente diferenciados necessitam de uma proteção jurídica capaz de prover a manutenção de suas relações sociais, culturais, religiosas [ou espirituais], ancestrais e econômicas, atentas ao mundo físico que os recebe.

Nesse cenário conflitivo, indaga-se: qual a relação entre ciência e tecnologia e o direito do ser coletivo à livre determinação de sua existência no século XXI? Trata-se de pesquisa documental e bibliográfica, realizada nas bases de dados ebsco, google scholar e academia.edu, de abordagem qualitativa e com caráter exploratório. Parte-se de hipótese de que é necessária uma colaboração ativa de todos os campos do conhecimento científico (ciências naturais, físicas, geológicas e biológicas, biomédicas, engenharias e sociais e humanas), com vistas à efetivação do direito do ser coletivo à livre determinação de sua existência.

1. MEIO AMBIENTE E CONSTITUIÇÃO

Do mesmo modo que a doutrina dos direitos fundamentais admite uma cronologia de gerações [ou dimensões] de direitos fundamentais, Canotilho identifica duas gerações de problemas ecológicos e ambientais. A primeira diz respeito à dimensão jurídico-normativa antropocêntrica e vai ao encontro da prevenção e do controle das ações humanas que geram a poluição. Destacam-se as causas e efeitos dos problemas e o direito ao ambiente na perspectiva dos direitos fundamentais individuais, sob o enfoque da dignidade da pessoa humana como origem da moralidade ambiental, em uma acepção kantiana.³

Por outro lado, havia desde então uma abertura do texto constitucional português de 1976, que já "[...] oferecia abertura para compreensões mais ecologicocêntricas ligadas à defesa da qualidade dos componentes ambientais naturais (ar, água, luz, solo vivo e subsolo, flora e fauna)." Em contrapartida, não se estabeleceu uma ética ambiental, capaz de transcender e superar a compreensão antropicamente centrada.⁴

No Brasil, a Constituição de 1988 apresenta um feixe de racionalidades em que se sobrepõem a racionalidade econômica, social e ambiental. Se por um lado o constituinte reserva um capítulo específico acerca do meio ambiente, por outro, admite a sobreposição progressiva do capital perante os processos vivos, bem como a priorização dos direitos das corporações em detrimento dos direitos dos seres vivos⁵. Isso se dá porque, mesmo na ciência, inexistem termos observacionais neutros, inclusive no âmbito de disciplinas científicas rigorosas, como é o caso da física. Logo, as monoculturas da mente que habitam o neoliberalismo são

[...] ideologias e valores que justificam estratégias. As monoculturas mentais trazem o extermínio da sabedoria tradicional, valorizando somente o saber

³ CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho; José Rubens Morato Leite (org.). 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Edição do Kindle, s.p.

⁴ *Id.*, *ibid.*, 2015, s.p.

⁵ SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: perspectivas da biodiversidade e biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

científico, o que é transmitido aos produtores e consumidores por meio do controle ideológico, sociocultural e econômico.⁶

As monoculturas invadem, primeiramente, a mente, para depois serem aplicadas às relações do homem com o solo⁷. A economia surge exatamente no momento em que os povos e as nações passam a se relacionar com modelos de produção inventados por eles próprios, mediante diferentes processos de apropriação da natureza⁸. É nesse contexto que ganham destaque os paradigmas do naturicismo ecológico, fisicismo econômico, termodinâmico e vivo⁹. A discussão ganha relevância diante da necessidade de identificação do "[...] padrão aceitável de apropriação da natureza que, por sua vez, está diretamente ligado à noção de desenvolvimento"¹⁰.

Nessa perspectiva, os dois primeiros modelos possuem, em comum, o caráter monista e unidimensional. O naturicismo concentra-se na metafísica pautada na superioridade da natureza, inclusive nas atividades políticas, morais ou econômicas que envolvem o ser humano, mediante análise *qualitativa* da relação homem-mundo. Já o fisicismo sustenta o primado da física mecânica por meio de um modelo *quantitativo*, único e rígido. Assim, o fisicismo concentra-se no estudo mecanicista das relações entre grandeza, massa e tempo. Nele, o tempo é considerado reversível e privilegia-se a ação ilimitada do homem perante o mundo físico, de caráter "racional"¹¹.

A ciência econômica nasce dentro da visão mecanicista que fundamenta o paradigma científico da modernidade, que assim é estendido ao campo da

⁶ GONÇALVES, Ana Paula Rengel. **Perspectivas para o pagamento por serviços ambientais para promover a agroecologia**. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 41.

⁷ SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: perspectivas da biodiversidade e biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

⁸ LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

⁹ FAUCHEUX, Sylvie; NOËL, Jean-François. **Economia dos recursos naturais e do meio ambiente**. Tradução de Omar Martins. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

¹⁰ MARTINS, Paulo Roberto. Por uma política ecoindustrial. In: VIANA, Gilney; SILVA, Marina; DINIZ, Nilo (Org.). **O desafio da sustentabilidade**: um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 97-131.

¹¹ FAUCHEUX, NOËL, *op. cit.*, 1995.

produção. A economia emerge como ciência da classificação racional de recursos escassos e do equilíbrio dos fatores de produção: capital, trabalho e esse fator “residual” – a ciência e a tecnologia – em que repousa a elevação da produtividade e que se converteu na força produtiva predominante. [...] A natureza é concebida como um bem abundante e gratuito, como uma ordem que tem capacidade própria de regeneração, cuja existência não dependa diretamente do comportamento econômico.¹²

Nessa engrenagem, a natureza é concebida como mera externalidade do sistema econômico. O fisicismo econômico, assim como o naturicismo ecológico, não se sustenta, haja vista sua lógica binária reducionista, que assume uma única forma global. Nessa medida, faz-se necessário investir em modelos multidimensionais, compatíveis com a complexidade do ser humano, um ser plural e adepto da cooperação, mas que também possui interesses e anseios individuais¹³.

Nesse aspecto, os paradigmas termodinâmico e vivo distinguem-se do naturicismo e do fisicismo porque possuem caráter menos redutor e adotam um olhar multidimensional¹⁴. O primeiro, como o próprio nome sugere, se fundamenta no primado das leis da termodinâmica, ramo da física aplicado aos fenômenos (energia), e situa-se na esfera do quantificável.

O tempo surge como um fator irreversível. Trata-se de paradigma aplicável aos fenômenos físicos e a seus resultados, em que o conceito de entropia se destaca mediante o questionamento e a problematização dos limites do agir humano frente ao mundo físico¹⁵. É a entropia que caracteriza o grau de desordem de um sistema, uma vez que aumenta em conformidade com a elevação do nível de desorganização por ele alcançado¹⁶. Assim, “*No contexto da entropia, cada ação, do homem ou de*

¹² LEFF, *op. cit.*, 2006, p. 172.

¹³ SANTOS, Luís Miguel Luzio dos. **Da economia à ecossocioeconomia**. Londrina: EDUEL, 2019.

¹⁴ ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

¹⁵ FAUCHEUX; Sylvie; NOËL, Jean-François. **Economia dos recursos naturais e do meio ambiente**. Tradução de Omar Martins. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

¹⁶ MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

um organismo, e mesmo todo o processo na natureza, só pode resultar num déficit para o sistema total".¹⁷

Logo, é fundamental que os economistas e os juristas reconheçam a lei da entropia como a essência da raridade econômica, haja vista tratar-se da lei física que se destaca por seu caráter especialmente econômico. Trata-se da única lei natural que não é quantitativa¹⁸ e que se opõe à racionalidade econômica na medida em que estipula limites ao crescimento econômico e ao aspecto legal do mercado¹⁹.

Depois do paradigma termodinâmico, é o paradigma vivo que ganha espaço no contexto homem-natureza. Trata-se de uma revisão do modelo termodinâmico, por meio de estudos voltados para a evolução da biologia molecular. Destarte, encontra-se embasado nas leis da termodinâmica (física) e da teoria evolucionista de Darwin (biologia). Por esse viés, a manutenção da vida é apreciada por meio do estudo da degradação entrópica, com vistas à identificação de soluções para a estabilidade do mundo físico e a evolução do mundo vivo²⁰, em uma perspectiva ecocêntrica.

Contudo, a capacidade dos indivíduos de desestabilizar o equilíbrio do conjunto de recursos naturais que lhes fornece a própria existência tem gerado legítimas preocupações, que se intensificaram no último século. Afinal, recursos naturais têm sido extintos; danos irreversíveis ou extremamente agressivos à natureza tornaram-se mais frequentes; disfunções climáticas são uma realidade científica; diversas formas de poluição se alastram pelos grandes centros, entre outras evidências empíricas que apontam para uma crise ambiental²¹.

Nesse ínterim, o foco no crescimento econômico sem a devida preocupação ecológica consiste em ameaça presente e futura para o progresso sustentável das nações e até mesmo para a sobrevivência da espécie humana. Com efeito, o homem

¹⁷ GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O de crescimento**: entropia, ecologia, economia. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 76, grifo original.

¹⁸ *Id.*, *Ibid.*, 2008.

¹⁹ ARAUJO, *op. cit.*, 2020.

²⁰ FAUCHEUX, NOËL, *op. cit.*, 1995.

²¹ LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

apenas progride como ser biológico e como coletividade quando se percebe como produto – e não como proprietário – do meio ambiente²².

2. DIREITO À LIVRE DETERMINAÇÃO DAS CONDIÇÕES DE EXISTÊNCIA DO SER COLETIVO

No campo e nas cidades, despontam movimentos sociais que abrem espaço para a afirmação de identidades étnicas e de condições ecológicas para o desenvolvimento sustentável dos povos que habitam o planeta e para a própria humanidade, em seu conjunto. Tratam-se de direitos que surgem em resposta a uma crise civilizatória, causada pela aplicação da racionalidade econômica, legitimada pelo Direito.

No século XXI, as lutas sociais e a construção de novos direitos deparam-se com as fronteiras de uma epistemologia política. Tratam-se de lutas em busca da efetivação de conceitos de autonomia, povo e território capazes de demarcar mais do que o espaço do ser e da propriedade da terra: uma racionalidade distinta da econômica antropocêntrica, a ser assimilada por normas jurídicas e procedimentos previstos na lei²³.

As palavras assumem novos significados, que mobilizam a sociedade e que não são facilmente codificáveis no âmbito de ordenamentos jurídicos. Destarte, a questão central que desafia a ciência do Direito não é uma questão de tradução dos direitos ambientais e coletivos para o ordenamento, mas sim do sentido político que assumem os conceitos utilizados na argumentação jurídica, no contexto do ambientalismo. Em última instância, há uma ruptura da concepção de que palavras assumem um único sentido, delimitado por discursos rígidos, interpretados como garantia da verdade absoluta, eterna e imutável do poder constituído²⁴.

Nessa perspectiva, a luta pelos direitos ambientais, culturais e coletivos dá outro sentido à verdade, promove uma ressignificação de conceitos e ainda incide

²² *Id.*, *Ibid.*, 2015.

²³ LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: EducS, 2015, p. 12-31.

²⁴ *Id.*, *Ibid.*, 2015.

no Direito, que define as relações de poder no contexto da apropriação do mundo e da natureza. Hoje em dia as lutas indígenas não se reduzem ao direito de falar uma língua, a preservar suas práticas, usos e costumes, mas sim reivindicam seu direito à autonomia política, o que inclui suas formas de habitar seus territórios, e de usufruir de seus recursos naturais; seu direito a definir um estilo de vida e uma estratégia de etno-eco-desenvolvimento.²⁵

Trata-se, portanto, do direito à diferença, a ser diferente. Isso sim é garantia de liberdade. É por esse motivo que os direitos ambientais e coletivos prestam-se a proteger o direito a ser do povo indígena. Não basta reconhecer o ser coletivo que se perpetuou no decorrer da história, é preciso salvaguardar seu direito à autoidentificação, à autonomia, à autogestão. Logo, o direito à livre determinação das condições que envolvem a sua existência.²⁶

A tradução dos direitos dos povos tradicionais mostra-se problemática uma vez que o discurso jurídico e os códigos processuais atendem à racionalidade da modernidade, uma racionalidade econômica que fez da natureza um direito privado, individual, em uma relação de domínio do homem para com a natureza. Esse olhar não admite visões diferenciadas e projetos pautados em uma outra racionalidade²⁷.

Leff justifica que esse é o motivo pelo qual “[...] os direitos colectivos aparecem como um grito que não consegue se estabelecer de maneira consistente nos ordenamentos constitucionais, nas leis primárias e secundárias da legislação ambiental ou nas que dizem respeito aos direitos dos povos indígenas”²⁸. No Brasil, a CRFB/1988 estabelece que pertencem à União as terras indígenas, em seu artigo 20, inciso XI; ao passo em que o artigo 231 da Constituição reconhece aos índios, expressamente, o direito à organização social, aos costumes, às línguas, crenças e

²⁵ *Id., Ibid.*, 2015, p. 15.

²⁶ *Id., Ibid.*, 2015.

²⁷ ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

²⁸ LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

tradições, e aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens²⁹.

Contudo, não são apenas os indígenas que necessitam de tal proteção, mas sim todos os povos e comunidades tradicionais, definidos no artigo 3º, inciso I, do Decreto nº. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007 como

[...] grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.³⁰

Destarte, e a despeito de a Constituição brasileira se referir apenas apenas aos indígenas, essa proteção jurídica deve alcançar também todos os povos e comunidades tradicionais, que necessitam de uma proteção especial capaz de garantir a manutenção de suas relações sociais, culturais, religiosa [ou espirituais], ancestrais e econômicas, que marcam a convivência entre as pessoas e entre elas e o mundo físico que as recebe. Isto porque a construção social dos conceitos de povo e território implica uma nova relação sociedade-natureza³¹.

Esses novos direitos ambientais e culturais, que recaem sobre os povos e comunidades tradicionais, surgem com base no questionamento da cosificação da terra e da natureza como recurso econômico; do teor do princípio da igualdade que levou ao parcelamento da terra para cultivos homogêneos; do caráter fragmentado do conhecimento, que esvazia o significado do saber; da universalização dos direitos e do tratamento homogêneo conferido ao ser humano, a despeito de suas particularidades, o que impõe uma igualdade fundada na hegemonia dos direitos do ser individual em detrimento do ser coletivo. Assim, é a própria racionalidade do

²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 08 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

³¹ LEFF, *op. cit.*, 2015.

Direito que finda por legitimar o desconhecimento dessas identidades e da relações que esses grupos cultivam com a natureza³².

3. A RESSIGNIFICAÇÃO CIENTÍFICA DA VISÃO ANTROPOCÊNTRICA DE MUNDO NO SÉCULO XXI: A METAMORFOSE DO DIREITO

Em 1999, alguns documentos marcaram a história da ciência, no que se refere à relação homem-meio ambiente, com destaque para a diversidade cultural. O primeiro deles foi a Declaração de Santo Domingo, que versa sobre “A ciência para o século XXI: uma visão nova e uma base de ação” e destaca que “Como um valor a ser preservado, a diversidade cultural sugere que a internacionalização da ciência – desejável a partir de muitos pontos de vista – não deve levar os cientistas a ignorarem seu ambiente social”.³³ Nesse ponto, o debate acerca dos direitos culturais e ambientais se relaciona diretamente com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, enquanto estímulos ao progresso social e cultural.

Nessa linha, a visão fragmentada da relação homem-mundo necessita ser reformulada, haja vista a realidade complexa do século XXI. Com efeito, a concepção de *sociedade de risco*, que surge apenas no 2º Pós-Guerra, surge ao passo em que se desenvolviam ampla e rapidamente as pesquisas tecnológicas e científicas que originaram a “Era do medo e da incerteza”³⁴. Enquanto isso, os efeitos colaterais positivos dos males “[...] produzem horizontes normativos de bens comuns e nos impelem para além da moldura nacional, rumo a uma perspectiva cosmopolita”³⁵.

Para tanto, há que se construir uma cultura científica transdisciplinar, que abrange as ciências exatas, naturais, humanas e sociais. Com isso, observa-se um alerta para a estreita relação entre a necessidade de promover o conhecimento e

³² LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

³³ UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. **A ciência para o século XXI: uma nova visão e uma base de ação**. Brasília: UNESCO, ABIPTI, 2003, p. 12.

³⁴ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.15.

³⁵ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16.

proceder a análises críticas aptas a “[...] contribuir para a harmonização das complexas inter-relações entre a ciência, a tecnologia e a sociedade”³⁶.

Também em 1999, na Conferência Budapeste, a América Latina e o Caribe adotaram

a Declaração sobre a Ciência e o Uso do Conhecimento Científico, que reconhece expressamente dois fatos fundamentais: i) a humanidade constitui parte da biosfera; ii) há uma crescente situação de interdependência entre o homem e o mundo físico que o recebe. Como consequência, a Declaração proclama “[...] que o nosso futuro está intrinsecamente ligado à preservação do sistema global de apoio à vida e à sobrevivência de todas as formas de vida”.³⁷

Nesse sentido, a Declaração Budapeste ratifica a necessidade de popularização da ciência e da tecnologia (C&T) nos países da América Latina e do Caribe, como “[...] um componente central da cultura, da consciência social e da inteligência coletiva. Além do mais, essas atividades devem contribuir para o resgate e para a valorização dos conhecimentos nativos”.³⁸

Maréchal atribui a Adam Smith “[...] a formulação inaugural da teoria econômica que reina actualmente em (quase) todo o planeta”. Diante dessa constatação, e em uma percepção cronológica da relação homem-natureza, resta forçoso reconhecer que a visão de mundo proposta por Adam Smith, no século XVIII, mostra-se incompatível com o contexto epistemológico atual, por sua racionalidade econômica e fragmentada, delineada pela revolução científica, no século XVII.³⁹

Com razão, “[...] a tese de acordo com a qual *a liberdade do mercado, dito de outra maneira, da concorrência, não só garante a reconstituição dos factores de produção, mas permite também conciliar interesses particulares e interesse geral*” não mais se sustenta⁴⁰ ao passo em que a ciência vem a reconhecer o homem como parte indissociável da natureza⁴¹. Nessa perspectiva, o reconhecimento dos direitos

³⁶ UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. **A ciência para o século XXI: uma nova visão e uma base de ação**. Brasília: UNESCO, ABIPTI, 2003.

³⁷ *Id.*, *ibid.*, 2003.

³⁸ *Id.*, *ibid.*, 2003, p. 12.

³⁹ MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 43.

⁴⁰ MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000, p. 44.

⁴¹ LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

do ser coletivo à livre determinação de sua existência alinha-se com o propósito de que todas as culturas são capazes de contribuir com o conhecimento científico de valor universal.

As ciências devem estar a serviço da humanidade como um todo, sem distinção, e devem favorecer um entendimento mais profundo da natureza e da sociedade, melhorias na qualidade de vida e um meio-ambiente saudável e sustentável, em atenção às atuais e futuras gerações⁴². Destarte, o reconhecimento da C&T como elemento central da cultura, da consciência social e da inteligência coletiva reitera a importância do reconhecimento do direito do ser coletivo à livre determinação da sua existência, de modo que a norma venha a contribuir para o resgate e valorização dos conhecimentos dos povos e comunidades tradicionais brasileiros.⁴³

Nesse cenário, “[...] a segunda década dos anos 2000 é particularmente singularizada pela tomada de consciência de que o homem ultrapassou todas as barreiras de zelo e precaução para com o mundo natural”. Essa consciência tem motivado decisões judiciais brasileiras que passam a ressignificar o conceito de dignidade da pessoa humana, mediante o reconhecimento de sua dimensão ecológica.

Nessa linha, resta forçoso reconhecer “[...] a falência do Direito Ambiental tradicional em oferecer respostas adequadas a esta era antropogênica, sinalizando a necessidade de um novo modelo de Estado de Direito, o Estado de Direito Ecológico [...]”.⁴⁴ Para Beck, é preciso ir além da teoria da sociedade de risco mundial, ganha espaço a teoria da metamorfose, que não se ocupa dos efeitos colaterais negativos dos bens, mas sim dos efeitos colaterais positivos que advêm dos males⁴⁵.

⁴² UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. **A ciência para o século XXI: uma nova visão e uma base de ação**. Brasília: UNESCO, ABIPTI, 2003.

⁴³ *Id.*, *ibid.*, 2003.

⁴⁴ VENÂNCIO, Marina Demaria. **A Agroecologia na Instrumentalização e Ecologização do Direito Ambiental no Antropoceno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁴⁵ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo: novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CONCLUSÃO

Constata-se, por meio do presente trabalho, que as mudanças climáticas, a deterioração da sociobiodiversidade e a contaminação dos solos são efeitos da racionalidade econômica que permeia o fundamento antropocêntrico da relação homem-mundo, frente aos processos da industrialização, tecnociência, mercantilização e globalização.

Nesse cenário, verifica-se que, em face do reconhecimento da urgência do uso responsável do conhecimento, nações e cientistas do planeta têm sido convocados a contribuir para o avanço da ciência. O objetivo é atender às necessidades e às aspirações humanas, sem fazer mau uso desse conhecimento e da própria natureza. Com isso, observa-se no final do século XX o reconhecimento da ciência e tecnologia como um elemento central da cultura, no âmbito da América Latina e do Caribe. Ademais, é possível observar um alinhamento entre a figura do ser coletivo (que corresponde aos povos e comunidades tradicionais), a consciência social e a inteligência coletiva a que se refere a Declaração de Santo Domingo, de 1999.

Conclui-se que a ciência do Direito deve se apropriar do fato de que o risco climático demonstra que a nação não constitui o centro do mundo e que há efeitos colaterais positivos dos males enfrentados em virtude das ações e omissões do homem perante o meio ambiente. Assim, devem ser estruturados normativos de bens comuns para além da moldura nacional, a partir do reconhecimento de que o homem faz parte da natureza, e com ela nutre uma relação de interdependência.

Ademais, constata-se que a crise ambiental é uma crise da própria racionalidade estritamente formal, instrumental e institucional do homem moderno, que ofereceu suporte a uma modernidade insustentável. Foi exatamente essa racionalidade que fundamentou ordenamentos jurídicos desalinhados com o propósito de uma relação homem-mundo segura e saudável.

Diante disso, verifica-se a necessidade de enfrentamento das normas que continuam amparadas em uma racionalidade econômica e jurídica que fundamentam processos de produção, regimes de propriedade e justiça social dissociados do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Por outro lado, observa-se que o século XXI veio acompanhado de um processo de tomada de consciência do fato de que o homem ultrapassou todas os limites de zelo e precaução perante o mundo natural. Com isso, surgem decisões judiciais brasileiras que passam a ressignificar o conceito antropocêntrico de dignidade da pessoa humana, mediante o reconhecimento de sua dimensão ecológica.

Contudo, esse processo ainda não motivou uma reflexão direcionada à configuração de uma nova ordem jurídica, com foco nos direitos que dizem respeito à sustentabilidade ecológica e à diversidade cultural. Essa nova ordem deve reconhecer os reflexos que o desenvolvimento fundado apenas no lucro e na exploração irresponsável dos recursos naturais trouxeram ao Direito, e prezar pela regulamentação e efetivação do direito do ser coletivo à livre determinação das condições de sua existência.

Por fim, verifica-se a falência do Direito Ambiental tradicional perante o cenário atual, haja vista sua incapacidade de lidar com os acontecimentos desastrosos dessa era antropogênica. Logo, deve-se proceder a uma metamorfose do Direito, ante a necessidade de um novo modelo de Estado de Direito: o Estado de Direito Ecológico.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Liane Maria Santiago Cavalcante. **Análise do princípio da eficiência administrativa nas compras públicas sustentáveis da agricultura familiar a partir da proposição de modelo teórico e metodológico de eficiência ecossocioeconômica**. 2020. Tese. (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2020.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 16.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. **Diário Oficial**

da União, Brasília, 08 fev. 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 jun. 2020.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: **Direito constitucional ambiental brasileiro**. José Joaquim Gomes Canotilho; José Rubens Morato Leite (org.). 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015. Edição do Kindle.

FAUCHEUX; Sylvie; NOËL, Jean-François. **Economia dos recursos naturais e do meio ambiente**. Tradução de Omar Martins. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O de crescimento**: entropia, ecologia, economia. Tradução de João Duarte. Lisboa: Instituto Piaget, 2008, p. 76, grifo original.

LEFF, Enrique. **Racionalidade ambiental**: a reapropriação social da natureza. Tradução de Luís Carlos Cabral. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEFF, Enrique. *Los derechos del ser colectivo y la reapropiación social de la naturaleza*. In: **Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico**: visitando a obra de Enrique Leff. Belinda Pereira da Cunha ... [et al.] (org.). Caxias do Sul: Educs, 2015, p. 12-31.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p.15.

MARÉCHAL, Jean Paul. **Humanizar a economia**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

MARTINS, Paulo Roberto. Por uma política ecoindustrial. In: VIANA, Gilney; SILVA, Marina; DINIZ, Nilo (Org.). **O desafio da sustentabilidade**: um debate socioambiental no Brasil. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 97-131.

SANTOS, Luís Miguel Luzio dos. **Da economia à ecossocioeconomia**. Londrina: EDUEL, 2019.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: perspectivas da biodiversidade e biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION – UNESCO. **A ciência para o século XXI**: uma nova visão e uma base de ação. Brasília: UNESCO, ABIPTI, 2003, p. 12.

VENÂNCIO, Marina Demaria. **A Agroecologia na Instrumentalização e Ecologização do Direito Ambiental no Antropoceno**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

61. BIOPOLÍTICA, DECRESCIMENTO E A REFORMULAÇÃO DOS MERCADOS PARA UMA ECONOMIA 4.0

*BIOPOLITICS, DEGROWTH AND THE RESHAPING OF MARKETS FOR AN ECONOMY
4.0*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-61>

Érica Valente Lopes^{1*}

RESUMO

O presente estudo suscita a reflexão sobre a forma como a política, desde a década de 70, tem manejado os seres vivos, em uma relação de poder denominada Biopolítica. Entretanto, racionalidade incutida no conceito dissociou-se, em algum momento, da visão holística do homem como parte da natureza, a preservar a biodiversidade, e não, a utilizá-la como fonte de recursos para os infinitos anseios dos seres humanos. Enrique Leff sustenta que o desenvolvimento perpetrado e o crescimento econômico necessitam de uma ressignificação dos valores pretendidos, o que muitos estudiosos já haviam proposto como a necessidade do Decrescimento cujo conceito não coincide com retrocesso. Neste anseio, uma situação atípica, como o isolamento social ocasionado por uma pandemia, em 2020, fez com que uma nova forma de se relacionar e empreender fosse conhecida e consolidada, a Economia 4.0, pautada nas mídias digitais. Dessa forma, o objetivo central do estudo é analisar a mudança de uma racionalidade exclusivamente econômica para uma nova forma a qual permite o retorno de uma visão holística, do contato harmônico com a natureza, por intermédio de uma Economia 4.0. A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregação teoria e práxis na articulação do Direito Ambiental e da Economia. O texto apresenta raciocínios indutivo e dedutivo, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica para desenvolver pesquisa qualitativa baseada nos pensamentos e escritos de Enrique Leff.

Palavras-chave: Biopolítica. Decrescimento. Economia 4.0.

ABSTRACT

The present study raises the reflection on how politics since 70s has managed living beings, in a power relationship called Biopolitics. However, the rationality instilled in

¹ Advogada. Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política pela Universidade de Fortaleza UNIFOR. Membro da Comissão de Políticas Urbanas e Direito Urbanístico OAB/CE. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa CNPQ Relações Econômicas, Políticas, Jurídicas e Ambientais na América Latina – REPJAAL e da Diretoria de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação da Unifor – DPDI.

E-mail: valente.ERICA@gmail.com Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5242391048637150>.

* Artigo submetido à VII Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia.

the concept was dissociated, at some point, from the holistic view of man as part of nature, to preserve biodiversity, and not to use it as a source of resources for the infinite yearnings of human beings. Enrique

Leff argues that the perpetrated development and the economic growth need a redefinition of the intended values, which many scholars had already proposed as the need for degrowth whose concept does not coincide with a setback. In this desire, an atypical situation, such as the social isolation caused by a pandemic in 2020, made a new way of relating and undertaking known and consolidated, Economy 4.0, based on digital media. Thus, the main objective of the study is to analyze the change from an exclusively economic rationality to a new form which allows the return of a holistic view, of harmonious contact with nature, through an Economy 4.0. The methodology involves interdisciplinary research with epistemological orientation in critical theory, bringing together theory and praxis in the articulation of Environmental Law and Economics. The text presents inductive and deductive reasoning, with the techniques of document analysis, statistics and bibliographic review to develop qualitative research based on the thoughts and writings of Enrique Leff.

Keywords: Biopolitics. Decrease. Economy 4.0.

INTRODUÇÃO

Por certo, o ano de 2020 oportunizou repensar algumas práticas antes desenvolvidas na economia e suscitar uma ressignificação da racionalidade perpetrada pelas indústrias e pela política, principalmente, no tocante ao meio ambiente e na sua concepção de finitude. Sabe-se que essas mudanças não são fáceis de se operacionalizar, porém, não impossíveis.

Em verdade, o discurso das grandes nações e das Organização das Nações Unidas incutem a uma reflexão das políticas econômicas ao desenvolvimento de uma nova racionalidade, primando pela questão social do homem interligado à natureza, em uma verdadeira e existente teia de valores, inserto na biodiversidade, como ressaltado por Fritjoff Capra.

Mas esse ser humano que anseia o poder, como frisa Nietzsche, em "Assim falava Zarathustra", dotado de razão, a qual lhe é peculiar, não a tem usado com tamanha sabedoria, pois, cada vez mais, a falta de um meio ambiente saudável, hígido e equilibrado tem refletido em perigos à existência humana e à biodiversidade frente a recorrentes pandemias e desastres ambientais de grande porte.

Essa realidade traz a constatação, com base em leituras de Enrique Leff, de que, em algum momento da evolução humana, houve a dissociação dos seres

humanos com a ordem da vida. Contudo, não todos, pois alguns povos tradicionais conservam sua cultura e modo de viver ligados ao ecocentrismo e à convivência em harmonia com a natureza.

Uma das mensagens principais do sociólogo é a de que o homem não mais se reconheça como um ser superior ou à parte da natureza, mas sim, como um ser integrante desta, pois sem esta ele não o é. Para isso, necessita-se de uma ressignificação da racionalidade até então adotada pelos governos e instituições, pois está-se em comportar de forma egoísta e dissociada do meio que nos cerca.

O desenvolver da política moderna criou uma nova forma de governar, ainda baseada no contrato social, em que cada pessoa aceita sacrificar parte de sua liberdade individual originária em função da segurança, mas em um movimento de imunização da sua pessoa e da propriedade, o que passou a ser chamado de Biopolítica, a política sobre os seres. Ressalta-se que o termo imunização vem de *múnus*, dever, dádiva, o qual, prefixado, significa a ausência desse dom. Talvez, por isso, o homem tenha se portado como em uma sociedade de indivíduos isolados.

Porém, somente em 2020, após o período de isolamento social desencadeado pela pandemia do Coronavírus que as pessoas passaram a incomodar-se para perceberem que pertencem, em verdade, à comunidade e não a uma sociedade de seres isolados. Contudo, esta é a forma como se tem portado, até então, em relação às outras espécies e aos bens naturais.

Pois bem, a análise do presente artigo baseia-se nesse ponto de virada, em um momento em que a racionalidade econômica de um progresso sem limites seja repensada, decrescida, reformulada, tal como já proposta por Enrique Leff, dentre outros estudiosos. Observa-se que, em pouco tempo de paralisação econômica, houve uma regeneração extraordinária da natureza, levando em conta os 4,5 bilhões de anos que a Terra teve para se formar. Restaram visíveis diversos exemplos de ares mais puros, águas límpidas, animais retornando para onde sempre habitaram.

Oportunidade em que os meios digitais ganharam espaço, no que se defende serem meios menos danosos ao meio em que se vive. Dessa forma, muito se tem defendido pela consolidação da indústria 4.0, pela aceleração da digitalização, sendo esta a suposta reformulação econômica com novas empresas, novos produtos,

novos serviços no mercado digital, os quais, por outro lado, tornarão alguns mercados obsoletos.

Em que pese, problemas como o do analfabetismo digital, a necessidade de subsídio para acesso digital por camadas mais pobres e a melhoria da qualidade das telecomunicações brasileiras, figura esta como um caminho possível, pois encurtaria distâncias, tornaria desnecessários tantos deslocamentos, viagens, mudanças para grandes metrópoles, existência de grandes shoppings e grandes polos industriais.

Alguns questionamentos persistem, como se este é um caminho melhor que o anterior praticado, pois a tecnologia também traz resíduos e o aquecimento global não provém somente da queima do petróleo, mas de toda energia que é dissipada em uma combustão qualquer. Talvez, possa-se argumentar ser menos poluente ou com mais facilidades em praticar economias circulares.

Abordam-se algumas reflexões no estudo que será apresentado, pois configuram-se como resultados esperados, mas ainda não consolidados, posto que atuais e em aplicação pelos chefes de Estado. Contudo o objetivo central do estudo é analisar a mudança de uma racionalidade exclusivamente econômica para uma nova forma a qual permite o retorno de uma visão holística, do contato harmônico com a natureza, por intermédio de uma economia 4.0, baseada nos meios digitais.

A metodologia envolve pesquisa interdisciplinar com orientação epistemológica na teoria crítica, a congregar teoria e práxis na articulação do Direito Ambiental e da Economia. O texto apresenta raciocínios indutivo e dedutivo, com as técnicas de análise documental, estatísticas e de revisão bibliográfica para desenvolver pesquisa qualitativa baseada nos pensamentos e escritos de Enrique Leff.

1 PRECEITOS DA BIOPOLÍTICA - “DEIXAR VIVER”, “FAZER MORRER”.

Convém, precipuamente, explicar ao leitor em que consiste o conceito de Biopolítica para compreensão do desenvolvimento, entre os séculos XX e XXI, de um poder focado na patente de seres vivos. O termo, criado pelo sueco Rudolph Kjellén²

² “Johan Rudolf Kjellén (13 de junho de 1864, Torsö, Suécia - 14 de novembro de 1922, Uppsala). Cientista político sueco e político cuja teoria conservadora do estado influenciou além das fronteiras

e, após, requalificado pelo filósofo Michel Foucault, quando da palestra proferida no Rio de Janeiro, em 1970, intitulada "O Nascimento da Medicina Social", sob influência da genealogia Nietzscheana.

Em verdade, a Biopolítica perpassou três fases. A primeira, a organicista, gira em torno da configuração biológica de um Estado-corpo soldado pela relação harmônica entre os seus órgãos, a representar as diferentes profissões e competências com função em reconhecer os riscos orgânicos que infestam o corpo político e, por outro lado, a de identificar e predispor os mecanismos de defesa aos parasitas infiltrados em seu interior. Com a segunda fase, a antropológica³, registrada nos anos sessenta, na França, pós 2ª Guerra, necessitou de uma reformulação semântica em favor de uma visão neo humanística por ser uma tentativa em explicar a história da civilização com base em leis de vida celular e da vida biológica mais elementar⁴.

Por último, os anglo-saxões, em permeios da década de 70, a remontam sob um pendor naturalístico de duas matrizes distintas, a do evolucionismo darwiniano e o da investigação etológica, a congregar conceitos biológicos e comportamentos políticos. O filósofo italiano, Roberto Esposito, menciona: "Se o comportamento político está inextricavelmente encastrado na dimensão do *bios* e se o *bios* é aquilo que liga o homem à esfera da natureza, segue-se daí que a única política possível será aquela já inscrita no nosso código natural."⁵. Ocorre, assim, uma deslocação categorial à linha mestra da filosofia política moderna, e continua:

Enquanto esta assume a natureza como o problema a resolver, ou o obstáculo a ultrapassar, por meio da constituição da ordem política, a biopolítica americana vê nela a sua própria condição de existência: não só de origem genética e matéria-

da Suécia. Primeiro a adotar o termo "biopolítica", a quem se deve a cunhagem do termo "geopolítica". ROQUE, Margarida Abenta. **Disposições Biopolíticas na Atualidade Ocidental**. 2016. 250f. Dissertação (Dissertação de Doutoramento em Filosofia) – Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2016, p. 13.

³ A biopolítica não nega de maneira nenhuma as forças cegas da violência e da vontade de poder, nem as forças de autodestruição que existem no homem e na civilização humana. Pelo contrário, afirma a sua existência de uma maneira toda especial, porque tais forças elementares da vida. Mas a biopolítica nega que estas forças sejam fatais e que não possam ser contrariadas e dirigidas pelas forças espirituais – as forças da justiça, da caridade, da verdade. STAROBINSKI, A. **La biopolitique**. Essai d'interprétation de l'histoire de l'humanité et des civilisations. Ginebra, 1960, p. 07.

⁴ ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 32-38.

⁵ *Ibid.*, 2018, p. 44.

prima, mas também única referência reguladora. Em vez de poder dominá-la ou <<conformá-la>> aos seus fins, a política, pelo contrário, é que resulta <<informada>> por ela de maneira que não deixa espaço para outras possibilidades construtivas.⁶

Neste ínterim, Michel Foucault requalifica o conceito, a partir da concepção de Nietzsche da vida como vontade de poder⁷, e entende não existir outra política que não seja uma política da vida, no sentido objetivo e subjetivo do termo. A relação entre o sujeito e o objeto da política o incitou a diversas indagações: se um governo da ou sobre a vida, uma biopolítica ou biopoder, uma política em nome da vida ou uma vida submetida ao comando da política? Calcado nessa dialética, discorre o filósofo:

O homem ocidental aprende pouco a pouco o que é ser uma espécie viva num mundo vivo, ter um corpo, condições de existência, probabilidade de vida, saúde individual e coletiva, forças que se podem modificar, e um espaço em que se pode reparti-las de modo ótimo. Pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade: cai, em parte, no campo de controle do saber e de intervenção do poder.⁸

A esta mediação ordenativa entre poder e vida, Michel Foucault⁹ identifica que o poder soberano, antes sob a égide do “fazer morrer”, “deixar viver”, substituiu-se pelo poder biopolítico em disciplinar, punir, exercitar a vida dos corpos que estão sob sua alçada, quer como para promover a saúde, a higiene, a longevidade, em um poder de “fazer viver” ou de “relançar na morte”, em um processo de governamentalização da vida. Arremata ao dizer: “[...] é a vida, muito mais do que o direito, que se tornou a

⁶ *Ibid.*, 2018, p. 41.

⁷ “Sugere-se a leitura da obra de Nietzsche, “Assim Falava Zaratrusta”, em que há a passagem: “Só onde haja vida, há também vontade: mas não vontade de viver, antes – é o que te ensino – vontade de poder!”. NIEZTSCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratrusta**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998, p.133.

⁸ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 134.

⁹ *Id.* **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 128.

aposta em jogo nas lutas políticas, mesmo se estas se formulam através de afirmações de direito.”¹⁰

Ao atualizar o debate à constituição dos Estados modernos, com a gênese e o desenvolvimento das novas relações de produção capitalistas, Michel Foucault denominou de “anatomopolítica do corpo” o poder de disciplinar e normatizar a sociedade. Portanto, assumir a vontade de poder como impulso vital fundamental significa afirmar “do mesmo passo que a vida tem uma dimensão constitutivamente política e que a política não tem outro escopo que não seja a manutenção e expansão da vida”¹¹. Dessa forma, os processos relacionados à vida humana começam a ser levados em conta por mecanismos de poder e de saber que tentam controlá-los e modificá-los¹².

A norma é tanto aquilo que se pode aplicar a um corpo que se deseja disciplinar como a uma população que se deseja regulamentar. A sociedade de normalização é uma sociedade onde se cruzam a norma disciplinar e a norma da regulamentação. Para Foucault, foi essa sociedade de normalização que conseguiu cobrir toda essa superfície que vai do orgânico ao biológico, do corpo à população, mediante a instauração dessas duas tecnologias, a disciplinar e a regulamentadora.¹³

Como delineado acima, a expressão e o sentido de biopolítica e biopoder transcendeu o campo do poder soberano, mas agora a disciplinar e normatizar a vida por intermédio das relações de poder, muitas vezes interligadas ao poderio econômico. “Ao contrário do que ocorre no âmbito do poder da soberania, o poder disciplinar não se materializa na pessoa do rei, mas nos corpos dos sujeitos

¹⁰ “A analítica do poder de Foucault impõe um deslocamento em relação ao Estado, na medida em que identifica a existência de uma série de relações de poder que se colocam fora dele e que de maneira alguma devem ser analisadas em termos de soberania, de proibição ou de imposição de uma lei. Porém, Foucault não quer negar a importância do Estado; sua intenção é demonstrar que as relações de poder ultrapassam o nível estatal e se estendem por toda a sociedade.” DANNER, Fernando. O sentido da biopolítica em Michel Foucault. **Revista Estudos Filosóficos**, Porto Velho, n. 4, 2017, p.145.

¹¹ ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 25.

¹² DANNER, Fernando. O sentido da biopolítica em Michel Foucault. **Revista Estudos Filosóficos**, Porto Velho, n. 4, 2017, p. 154.

¹³ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 302.

individualizados por suas técnicas disciplinares."¹⁴

A supremacia do bio-poder sobre o direito soberano aparece quando ao homem é fornecida a técnica e politicamente a possibilidade não só de organizar a vida, mas sobretudo de fazer proliferar a vida, de fabricar matéria viva e seres monstruosos, de produzir – no limite – vírus incontroláveis e universalmente destrutores. Encontramo-nos então perante uma formidável extensão do bio-poder, que, diferentemente do que disse há pouco sobre o poder atômico, tem assim a possibilidade de ultrapassar qualquer soberania humana.¹⁵

Essas práticas, em um contexto de consolidação do neoliberalismo, culminaram com o estabelecimento do biopoder. Francis Fukuyama¹⁶ ressalta que a prática dos países de centro em investir em tecnologias de ponta, como também em financiar pesquisas desenvolvidas por cientistas impulsionou os avanços na área da tecnologia, inclusive quando o objeto de análise são seres vivos. Dessa forma, o biopoder instala-se como um poder oriundo do domínio de conhecimento gerado pelas biociências e, conseqüentemente, do controle das biotecnologias. A ciência, continua o economista, não passa de um instrumento para a consecução dos fins humanos, o que a comunidade decide são fins apropriados e não questões fundamentalmente científicas.¹⁷

Convém conceituar que as biociências são o conjunto das ciências embasadas em pesquisas e experiências desenvolvidas e que utilizam a matéria viva dos seres. Essa transmutação dos seres vivos de beneficiários da ciência para objeto de análise e, portanto, recursos, em um contexto social de exploração já instado confere uma permissão velada de que países estrangeiros invistam, mas também, às custas das riquezas naturais abundantes em países latinos e de pouco desenvolvimento social.¹⁸

¹⁴ POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova**: Revista de cultura e política, São Paulo, n. 63, p. 179-201, 2004, p. 190.

¹⁵ FOUCAULT, Michel et al. **Bisogna difendere la società**. Milano: Feltrinelli, 2009, p. 219.

¹⁶ FUKUYAMA, Francis; ANTUNES, Vitor Dias. **O nosso futuro pós-humano**: consequências da revolução biotecnológica. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 192-194.

¹⁷ *Ibid.*, 2003, p. 194.

¹⁸ "Com esse conjunto de características, a dominação política e econômica sobre o desenvolvimento científico e tecnológico dos países do norte sobre os países do sul é gritante, inclusive porque também passam a induzir as políticas de fomento e incentivo em todo o mundo." SARMENTO, Hélder B. de

Neste ponto, tece-se uma crítica de Roberto Esposito¹⁹, pois a sociedade está a inserir-se em uma sociedade de indivíduos isolados, quando antes se vivia em *communitas*, radicado da palavra *múnus* que significa dever, dádiva, ou seja, uma associação humana baseada na ideia de mútua presença, por partilha, concórdia e de relação. Quando estes seres vivos transformam-se em recursos, bens, deve-se ter em mente que o homem é o valor principal, e não o lucro. Assunto desenvolvido por Joseph Stiglitz na obra, "Pessoas, Poder e Lucro", na qual analisa a influência do poder de mercado na política de forma a ensejar medidas que não visam o todo, mas pequena parcela da população²⁰.

Essa consternação motivou a Organização das Nações Unidas a publicar, em junho de 2011, os "Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos", elaborados pelo Professor John Ruggie, Secretário-Geral das Nações Unidas em exercício à época. Dentre estes, destacam-se os princípios operacionais relacionados com a interação entre políticas públicas, empresas, respeito à proteção ambiental e aos direitos humanos²¹.

Neste sentido, não se pode olvidar a finitude da natureza e de seus recursos ecológicos, como salientado pelo professor Enrique Leff, o qual defende em suas obras o retorno do ser humano à harmonia com o meio em que vive, pois em algum momento da evolução humana houve uma dissociação com a ordem da vida, com a humanidade intrínseca ao reconhecimento do homem como ser da natureza.

Esta crise tem sido explicada a partir de uma diversidade de perspectivas ideológicas. Por um lado, é interpretada como o efeito da acumulação de capital e da maximização da taxa de lucro a curto prazo, que induzem a padrões tecnológicos de uso e ritmos de exploração da natureza, bem como formas de

Moraes. Bioética, violência e desigualdade: as biociências e a constituição do biopoder. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 248-256, dez. 2008, p.250. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802008000200010&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 08 jun. 2020.

¹⁹ ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2018, p. 09.

²⁰ STIGLITZ, Joseph. **Pessoas, poder e lucro: capitalismo progressista para um era de descontentamento**. Trad: Paulo Tavares e Sara M. Felício. Lisboa: Bertrand, 2019, p. 87.

²¹ "PRINCÍPIO 3 – Em cumprimento de sua obrigação de proteger, os Estados devem: A. Fazer cumprir as leis que tenham por objeto ou por efeito fazer as empresas respeitarem os direitos humanos, avaliar periodicamente se tais leis resultam adequadas e remediar eventuais lacunas; B. Assegurar que outras leis e diretrizes políticas que regem a criação e as atividades das empresas, como o direito empresarial, não restrinjam, mas sim que propiciem o respeito aos direitos humanos pelas empresas; C. Assessorar de maneira eficaz as empresas sobre como respeitar os direitos humanos em suas atividades; D. Estimular e se for preciso exigir que as empresas informem como lidam com o impacto de suas atividades sobre os direitos humanos".

consumo, que vêm esgotando as reservas de recursos naturais, degradando a fertilidade dos solos e afetando as condições de regeneração dos ecossistemas naturais.²²

Desta feita, o período perpassado em isolamento social ocasionado pela pandemia do Coronavírus declarada pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020²³, suscitou inquietações relacionadas ao sentimento de pertencimento coletivo, à constatação, a olho nu, de melhorias das condições ambientais pela reclusão dos seres humanos em curto espaço de tempo e a ascensão de novos formatos de comunicação e economia, consolidando a economia 4.0 como objetivos a serem implementados pelos Estados.

2 DECRESCIMENTO E O SURGIMENTO DA ECONOMIA 4.0

Nem sempre a economia esteve ligada à ideia de desenvolvimento. Nicholas Georgescu-Roegen²⁴ explica que, no passado, o desenvolvimento impulsionava o crescimento e que este ocorria associado ao desenvolvimento. Desse processo, resultou o que se conhece como “crescimento econômico” cujas raízes estão pautadas na natureza humana. Contudo, o desenvolvimento pode ocorrer sem que exista necessariamente crescimento.

A esta confusão de termos e significados, os países passaram a empenhar-se em um modelo econômico em que os índices de esgotamento de recursos naturais e consumo exacerbado por habitante não eram quantizados, culminando em diversos problemas ambientais. Nessa perspectiva, Marcus Mauricius, em tese de doutorado defendida na Universidade de Fortaleza, corrobora:

Nessa perspectiva, já alertava Nicholas Georgescu-Roegen^{34 35}, na década de 1970, ao concluir que a economia seria estabilizada e limitada por causa da

²² LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Trad: Sandra Valenzuela. Revisão Técnica: Paulo Freire Vieira. São Paulo: Cortez, 2006, p. 59.

²³ BRASIL, UNA-SUS. Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus: Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas, 11 mar. 2020.

²⁴ GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. O decrescimento. Entropia–Ecologia–Economia. São Paulo: Ed. Senac, 2012, p. 104-105.

saturação dos recursos naturais. O crescimento econômico teria sua limitação imposta pela capacidade ecológica do planeta, principalmente em relação à raridade dos recursos minerais não renováveis, por constituir "um dos aspectos mais importantes da finitude terrestre da evolução bioeconômica da espécie humana".²⁵

Como evidenciado, a Economia não se trata de uma ciência mecanicista, como alguns defendem, mas regida pela Lei da Entropia. Nicholas Georgescu-Roegen, desde 1972, com o lançamento do Relatório "*The Limits to Growth*"²⁶, já ressaltava que a lógica encontrada pelos economistas possuía *outputs* de alta entropia, o que tornaria a vida dos seres vivos insustentável, uma vez que os processos de degradação são irreversíveis, como se destaca abaixo:

O processo econômico, como todo ser vivo, é irreversível (e o é irrevogavelmente); por conseguinte, não se pode dar conta dele somente em termos de mecânica. É a termodinâmica, com sua Lei da Entropia, que reconhece a distinção qualitativa – o que os economistas deveriam ter feito desde o início – entre os inputs dos recursos de valor (baixa entropia) e os outputs finais de resíduos sem valor (alta entropia). O paradoxo suscitado por esta reflexão, isto é, que todo o processo econômico consiste em transformar matéria e energia de valor em resíduos, fica assim instrutivo e facilmente resolvido.²⁷

Nesta mesma linha de raciocínio, Serge Latouche aduz que se faz necessária a mudança de valores e não somente a alteração do padrão de medida da sociedade. Desmistifica a ideia equivocada de que decrescimento significa retrocesso, mas sim, a existência de uma sociedade que utiliza os bens naturais para a realização existencial digna e necessária para a coexistência pacífica, em um ciclo virtuoso, a garantir a qualidade de vida dos seres e a regeneração dos bens naturais utilizados.

²⁵ HOLANDA, Marcus Mauricius. A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade. 2018. 386f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018, p. 262-263.

²⁶ Limites ao Crescimento. (tradução nossa).

²⁷ GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. O decrescimento. Entropia–Ecologia–Economia. São Paulo: Ed. Senac, 2012, p. 84.

Essa substituição deve começar a reavaliar e reconceitualizar comportamentos, a fim de que haja uma alteração das mentalidades no que se refere ao PIB, por este não atender às premissas de aferição das necessidades da sociedade. A reinserção deve passar por uma descolonização do imaginário e introduzir, além do econômico e do social, a proteção a biosfera, “que revoluciona os próprios termos do problema”, para que se possa incluir a todos em uma sociedade sustentável e convival.²⁸

O economista, portanto, sustenta que o decrescimento é um projeto político de construção, tanto no Norte como no Sul, de sociedades conviviais autônomas e econômicas, inserido em um ciclo de 8 “erres”: Reavaliar, reconceituar, reestruturar, redistribuir, relocar, reduzir, reutilizar/reciclar. Possui, portanto, duas facetas interdependentes: a inovação política e a autonomia econômica.

Ao momento de isolacionismo social, ocasionado pela pandemia do Coronavírus, em que empresas, entregas, entrevistas, aulas, dentre outras atividades humanas que necessitariam de deslocamento, abertura de empresas, gastos com energia, água etc, oportunizou a inovação política do estímulo a consolidação da economia pautada em meios digitais, com linhas de produção cada vez mais eficientes, autônomas e customizáveis, o que foi concebido, como Indústria 4.0, conceito criado pelos alemães, em alusão às Revoluções Industriais: máquina à vapor, eletricidade, automação, respectivamente.

Adalberto Pasqualotto e Michelle Bublitz explicam que essa realidade é operacionalizada por intermédio do uso das principais inovações tecnológicas (sistemas cyber-físicos, internet das coisas e internet dos serviços), resultando em mudanças significativas de mercado, tais como as observadas em 2020. A economia 4.0 permitiu a permanência de muitos serviços, durante o período pandêmico, permitindo, inclusive a otimização econômica e ambiental de muitos setores, acelerando um processo que levaria ainda alguns anos até sua consolidação.

²⁸ HOLANDA, Marcus Mauricius. A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade. 2018. 386f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018, p. 297.

Ou seja, estamos na plateia observando um verdadeiro teatro de máquinas, uma produção controlada pela tecnologia, totalmente automatizada e interconectada. Tal espetáculo tem seu núcleo central ainda mais profundo, quando falamos da possibilidade de os produtos e os clientes estarem conectados pela comunicação de dados. Tanto as máquinas quanto os produtos serão capazes, em tempo real, de comunicar-se e monitorar-se, verificando se existem falhas e programando automaticamente a manutenção, se necessária. [...]

Mas a Indústria 4.0 ainda vai além e também permite a criação de novos modelos de negócio baseados no digital e suas potencialidades. Esses novos modelos de negócio se integram à indústria das mais diferentes maneiras, formatando um novo modelo de relação. Isso porque essas tecnologias já permitem uma lógica muito mais colaborativa e participativa, criando uma forte sinergia e potencializando a capacidade de transformação do mercado.²⁹

Em que pese todas as vantagens enumeradas da Economia 4.0 e os benefícios experimentados em um momento de exceção, ainda se tem a consternação em tecerem-se maiores estudos de forma a evidenciar se os *outputs* dessa nova forma de manejar a economia é menos agressiva ao meio ambiente e se realmente é pautada em uma realidade de decrescimento, como defendido por Nicholas Georgescu-Roegen e Serge Latouche, permitindo o retorno a uma visão holística, do contato harmônico com a natureza, tal como defendido por Enrique Leff.

CONCLUSÃO

A partir da análise da evolução econômica mundial perpassada no interregno da década de 70 até os dias atuais de 2020, nota-se a evolução no que concerne à consternação referente à proteção ambiental. A isto deve-se à pressão sobre a forma como a biopolítica é manejada, a qual tem se pautado em uma racionalidade exclusivamente humana de crescimento econômico, a qual passou a ser vista

²⁹ PASQUALOTTO, Adalberto; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. *Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo*, v. 3, n. 2, p. 62-81, 2017, p. 65-67.

dissociada da natureza, quando, em verdade é parte desta, como salientado por Enrique Leff.

Contudo, somente após a pandemia oriunda do Coronavírus, em 2020, desencadeou-se a observância mais detida sobre os benefícios experimentados pela natureza diante do isolamento social dos seres humanos. Diante disso, boa parcela da população vislumbrou quão maléficas podem ser as interferências humanas sobre a natureza e os animais.

Esse processo de resignificação dos valores unido à disseminação das plataformas digitais, ensejaram a consolidação da Economia 4.0 como uma forma de empreender conforme o decrescimento defendido por expoentes do tema, pois impactaria de forma menos severa o meio ambiente.

Como o fenômeno está a ocorrer no presente momento, suscita-se, no presente estudo, à reflexão e observância de caminhos desejáveis quando o norte é uma melhor preservação do meio ambiente. Contudo, ainda não se pode tecer conclusões fidedignas dos benefícios reais aos ecossistemas, vez que o período de observância ainda é curto para aferição de fenômenos que exigem maior escala. Conclui-se, por enquanto, que a economia 4.0 está a gerar uma remodelação dos mercados antes vigentes, podendo trazer benefícios ao meio em que vivemos e, conseqüentemente, a nós mesmos.

REFERÊNCIAS

BERGER, Roland. **Green Growth, Green Profits: How Green Transformation Boosts Business** (International Management Knowledge). Palgrave macmillan: 2011 ed.

BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Trad. Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

BRASIL. Agência Senado. **Na Comissão de Meio Ambiente, Empresários defendem 'Lucro Verde'**. 11 jun. 2019.

BRASIL, UNA-SUS. **Organização Mundial de Saúde declara pandemia do novo Coronavírus**: Mudança de classificação obriga países a tomarem atitudes preventivas, 11 mar. 2020.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: Ciência para uma vida sustentável**. Trad: Marcelo Brandão Cipolla. 5a. Reimpressão. São Paulo: Cultrix, 2005.

CECHIN, Andrei. A natureza como limite da economia: a contribuição de GeogescuRoegen. São Paulo: Editora Senac, 2010.

DANNER, Fernando. O sentido da biopolítica em Michel Foucault. **Revista Estudos Filosóficos**, Porto Velho, n. 4, 2017.

ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia**. Lisboa: Edições 70, 2018.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade I: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FUKUYAMA, Francis; ANTUNES, Vitor Dias. **O nosso futuro pós-humano: consequências da revolução biotecnológica**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 192-194.
GEORGESCU-ROEGEN, Nicholas. **O decrescimento**. Entropia–Ecologia–Economia. São Paulo: Ed. Senac, 2012.

GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. **Governança e sustentabilidade: constituindo novos paradigmas na pós-modernidade**. Revista da AJURIS, v. 40, n. 132, 2013.

HOLANDA, Marcus Mauricius. **A teoria do decrescimento econômico: um estudo sobre a viabilidade de aplicação no constitucionalismo brasileiro para o alcance da sustentabilidade**. 2018. 386f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2018.

LEFF, Enrique. **Aventuras da epistemologia ambiental: da articulação das ciências ao diálogo dos saberes**. Tradução Silvana Cobucci Leite. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2012.
LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução Sandra Valenzuela. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2006a. LEFF, Enrique. Rumo à racionalidade ambiental. Revista ECO 21, [S.l.], p. 1, (n.d). Disponível em: http://www.techoje.com.br/site/techoje/categoria/detalhe_artigo/642. Acesso em: 19 jul. 2020.

LEFF, Enrique. **Sobre el progreso y como medir lo**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Phv5zgh6sJo&list=WL&index=53&t=0s>. Acesso em: 15 jul. 2020.

LEFF, Enrique; CABRAL, Luis Carlos. **Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza.** In: LEFF, Enrique. Racionalidade ambiental: a reapropriação social da natureza. Rio de Janeiro: Brasileira, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; MOREIRA TEIXEIRA, Gustaro de Faria. **'Greening' the Inter-American Human Rights System.** L'Observateur des Nations Unies, v. 2, 2012.

MOLINARO, Carlos Alerto. **Racionalidade ecológica e estado socioambiental e democrático de direito.** 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

NIEZTCHE, Friedrich. **Assim falava Zaratrusta.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar Relatório Final de John Ruggie – Representante Especial do Secretário- Geral.** São Paulo, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Finanças digitais devem apoiar mudanças rumo ao desenvolvimento sustentável, diz ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/financas-digitais-devem-apoiar-mudancas-rumo-ao-desenvolvimento-sustentavel-diz-onu/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório Anual do Programa das Nações Unidas do Brasil,** 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, CEPAL. **Hacia una bioeconomía sostenible en América Latina y el Caribe: Elementos para una visión regional.** Recursos Naturales y Desarrollo. Série 191, 2019.

PASQUALOTTO, Adalberto; BUBLITZ, Michelle Dias. Desafios do presente e do futuro para as relações de consumo ante indústria 4.0 e a economia colaborativa. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, v. 3, n. 2, p. 62-81, 2017.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. **Lua Nova: Revista de cultura e política**, São Paulo, n. 63, p. 179-201, 2004, p. 190.

ROQUE, Margarida Abenta. **Disposições Biopolíticas na Atualidade Ocidental.** 2016. 250f. Dissertação (Dissertação de Doutorado em Filosofia) – Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, 2016.

SAMPAIO, José Adercio Leite. **O “esverdeamento” da Convenção Europeia de Direitos Humanos: Vícios e Virtudes.** vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 779-800.

SANTOS, Welinton dos. **O Lucro \$ Verde.** Recanto das Letras. Disponível em: <<https://www.recantodasletras.com.br/artigos/2589254>> Acesso em: 27 jun. 2019.

SARMENTO, Hélder B. de Moraes. Bioética, violência e desigualdade: as biociências e a constituição do biopoder. **Rev. katálýsis**, Florianópolis, v. 11, n. 2, p. 248-256,

dez. 2008, p.250. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script>. Acesso em: 08 jun. 2020.

STAROBINSKI, A. **La biopolitique**. Essai d'interpretation de l'histoire de l'humanité et des civilisations. Ginebra, 1960.

STIGLITZ, Joseph. **Pessoas, poder e lucro**: capitalismo progressista para um era de descontentamento. Trad: Paulo Tavares e Sara M. Felício. Lisboa: Bertrand, 2019.

United Nations Guiding. **Principles on Business and Human Rights**: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy'. Framework. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. Acesso em: 03 abri. 2020.

62. O CRESCIMENTO ECONÔMICO E O DESENVOLVIMENTO HUMANO NO AMAZONAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DO LIVRO "A SELVA", DE FERREIRA DE CASTRO

*ECONOMIC GROWTH AND HUMAN DEVELOPMENT IN THE AMAZON REGION: AN
ANALYSIS HAVING "A SELVA", A BOOK BY FERREIRA DE CASTRO, AS REFERENCE*



<https://doi.org/10.36592/9786581110444-62>

Rosa Oliveira de Pontes Braga¹

Resumo

Por meio desse artigo tem-se o objetivo de efetuar análise sobre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano no Estado do Amazonas no período histórico denominado *belle époque*, correspondente aos anos 1880 a 1912, em que a economia baseada na extração e exportação da borracha, apresentou elevado desempenho. Utiliza-se como referência o livro *A Selva*, do escritor português José Maria Ferreira de Castro, que esteve na região e descreveu em romance a trajetória de sua experiência que evidencia a forma como se dava a prosperidade econômica fundada na escravização de trabalhadores e ressalta com realismo questões de direitos humanos e de afronta à dignidade da pessoa humana. Desse modo, o estudo contempla tanto aspectos biográficos do autor como o relato da obra, ao compará-la com a realidade apresentada a partir da pesquisa histórica. Nesse viés, promove-se reflexão quanto a aspectos teóricos e conceituais sobre a temática principal do artigo, com vistas a avaliar o grau de crescimento econômico e de desenvolvimento humano observado no período estudado e a aplicação de teorias sobre o meio ambiente. A pesquisa permite tecer, ainda, considerações sobre o ordenamento jurídico protetivo dos direitos fundamentais disponível na época analisada, cotejando-os com as garantias atuais. A metodologia utilizada é de pesquisa bibliográfica e de textos legais, para demonstrar a relação entre direito e literatura na análise de fenômenos jurídicos, por meio da interdisciplinaridade.

Palavras-chave: Crescimento Econômico. Desenvolvimento Humano. Amazonas e a Economia da Borracha. *A Selva*. Ferreira de Castro.

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB, área de concentração em Direito Econômico. Economista e Advogada. Email: rosapontesbraga@gmail.com.

Abstract

This article aims to perform an analysis of the economic growth and the human development in the State of Amazonas (Brazil) during the historical period known *belle époque*, ranging from 1880 to 1912, within which the economy based on rubber extraction and export, showed a high performance. "A Selva", the book written by José Maria Ferreira de Castro, a Portuguese writer was used as reference. The Portuguese writer had been in the region and described the trajectory of his experience in a novel showing the way the economic prosperity had taken place founded on the slavery of workers, realistically highlighting issues of human rights and affront to human dignity. The study, thus, takes into account both the author's biographical aspects and what is reported in the book, comparing them to the reality presented from the historical research standpoint. Along such line, a reflection as to theoretical and conceptual aspects on the main theme of the article is promoted, aiming to assess the degree of the economic growth and the human development observed in this period under study and the application of theories about the environment. The research further permits to comment on the legal framework purporting to protect the fundamental rights available in the analyzed period, pitching them against current guarantees. The methodology used is that referred to as bibliographical survey and of legal texts, in order to demonstrate the relationship between law and literature in the analysis of legal phenomena through an interdisciplinary approach.

Keywords: Economic Growth. Human Development. State of Amazonas and the Rubber Economy. *A Selva*. Ferreira de Castro.

Introdução

A utilização da literatura para explicar o direito tem sido considerada estímulo à pesquisa e a interdisciplinaridade tão necessárias na compreensão dos fenômenos jurídicos. O estudo que aqui se propõe trata de analisar uma obra significativa da literatura Brasileira – Portuguesa, que se insere na conceituação como neorrealista e proletária pois, apresenta enfaticamente fatos e vivências do homem na selva Amazônica, ao tempo do ciclo da borracha, e relata as condições econômicas e sociais, com ênfase àqueles que se deslocavam para a região voltados ao árduo trabalho de colheita da goma elástica, que enriquecia uns poucos e afrontava a dignidade humana de muitos.

Com esse argumento, objetiva-se discorrer sobre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano no Amazonas no período estudado, de forma a perquirir a ocorrência e a intensidade de cada uma das dimensões. O estudo indica breve nota biográfica do autor, José Maria Ferreira de Castro e a síntese da obra *A Selva*, efetua

revisão histórica dos fatos narrados e estabelece comparação entre a ficção e a realidade. Na terceira parte, apresenta-se apreciação teórica e conceitual sobre crescimento econômico e desenvolvimento humano para dispor de referência que permita concluir sobre a sua maior ou menor incidência no Amazonas no período considerado. Ao mesmo tempo, é possível tecer reflexões sobre a dicotomia entre o antropocentrismo e o ecocentrismo e a busca pelo desejável equilíbrio do desenvolvimento sustentável.

Ao final, destaca-se o conjunto de normas disponíveis à época para possibilitar análise sobre o grau de proteção daqueles sujeitos de direito objeto do estudo. Utilizou-se metodologia crítica de revisão bibliográfica, documental e legislativa, além de breve análise literária.

1. A obra literária *A Selva*: O autor e o romance

A Selva, romance escrito por José Maria Ferreira de Castro e que o consagrou é considerado obra de significativa "sensibilidade e humanismo," pois reflete a experiência vivida pelo autor no interior da selva Amazônica no período de 1911 a 1915 e que possibilita reflexões do ponto de vista econômico e social, ao destacar a dor e o sofrimento, a violência da realidade e ressalta "a luta sem tréguas que o homem trava com o espaço natural, selvático e indomável"².

O autor é português³ e sua trajetória recebeu diversas análises, em especial, para a obra de maior repercussão que é o romance *A Selva*, publicado de forma inaugural em 1930. Em 1906, aos 12 anos, ele migrou para o Brasil, em particular para a Amazônia, passando por Belém do Pará e Manaus, com destino para o seringal Paraíso, em Humaitá, no rio Madeira⁴. Era mais um dentre os 46.374 passageiros desembarcados na capital amazonense naquele ano, possivelmente, seduzidos pelo

² COELHO, Maria Adelaide Antunes de Brito. **A Selva**: do romance de Ferreira de Castro ao filme de Leonel Vieira, 2007, 150 f. Dissertação (Mestrado em Literatura Lusófonas Comparadas) - Universidade Aberta. p. 20. Disponível em:

<https://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/683?locale=en>. Acesso em: 2 out. 2020.

³ Nascido em 13 de maio de 1898, em Salgueiro, freguesia de Ossela, conselho de Oliveira de Azeméis. Faleceu em 29 de junho 1974.

⁴ COELHO, Maria Adelaide Antunes de Brito. 2007, op. cit., p. 11.

boom da economia da borracha.⁵

Por definição do próprio autor, ele possuía “o desejo de dar uma síntese de toda a selva do Amazonas”, e mais, afirma que ao escrevê-lo deu asas a sua “própria experiência pessoal”⁶. Desse modo, a obra é reflexo da experiência de Ferreira de Castro em três momentos diferentes: quando se deslocou para as matas amazônicas brasileiras; quando descreveu as cenas cruéis da vida na floresta (1919), fase de declínio da economia do látex; e, quando da produção efetiva da obra, no ano de 1929, momento em que vivenciou a crise europeia em Portugal.⁷

Essa obra enseja apreciação jurídica sob a ótica dos direitos humanos, em especial quanto às relações de trabalho, do direito econômico ao possibilitar análise das relações entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano e do direito ambiental e suas teorias.

Passados quinze anos da fuga de Ferreira de Castro da floresta amazônica, este passou a escrever *A Selva*, de 9 de abril a 29 de novembro de 1929, conforme descreve no Prefácio que denomina “Pequena História de *A Selva*,”⁸ em que traçou sua experiência nos confins amazônicos, a obra que, como afirma, era uma dívida “a essa Amazônia longínqua e enigmática, pelo que me fez sofrer os primeiros anos da minha adolescência e pela coragem que me deu para o resto da vida”. O autor também considerava devê-lo “aos anônimos desbravadores[...] que à extracção da borracha entrega a sua fome, a sua liberdade e a sua existência”. Por fim, assevera que a razão do livro é também para registrar “a luta de cearenses e maranhenses nas florestas da amazônica”⁹.

O autor destaca as questões de direitos humanos diante da força do imperioso crescimento econômico de região, na época em que vivia a explosão de um ciclo econômico vigoroso e curto. Trata dos homens, da escravização dos trabalhadores pelos senhores dos seringais, aborda a forma da “conquista” e captação dos

⁵ BRAGA, Robério dos Santos Pereira. “O Amazonas ao tempo de Ferreira de Castro”. In: CONGRESSO INTERNACIONAL A SELVA, 2005, Oliveira de Azeméis, Portugal. **Actas [do] Congresso Internacional de 75 anos de A Selva**. Oliveira de Azeméis, Portugal: Centro de Estudos Ferreira de Castro, 2007, p. 40.

⁶ CASTRO, José Maria Ferreira de. **A Selva**: romance. Lisboa: Guimaráes Editores, 1955, p. 24.

⁷ BRAGA, Robério dos Santos Pereira. **O Amazonas ao tempo de Ferreira de Castro**. Manaus: Governo do Estado do Amazonas /Secretaria de Estado da Cultura, 2006, p. 77.

⁸ CASTRO, José Maria Ferreira de. 1955, op. cit., p. 20.

⁹ CASTRO, José Maria Ferreira de. 1955, op. cit., p. 28-30.

seringueiros em regiões pobres do Nordeste brasileiro, prejudicadas por seca atroz. Mostra a natureza que, ao mesmo tempo bela e agressiva, dominava e até massacrava a tudo e a todos, além da vida difícil, da subjugação de homens por outros homens pelas dívidas originadas desde o transporte, até a pobre e precária alimentação, assim como a obtenção de arma, munição, poronga¹⁰ e vestuário.

Formula denúncia em forma de romance a demonstrar a imposição do poderio econômico, a sujeição ao isolamento geográfico, o confinamento pela indisponibilidade de meios financeiros e de locomoção próprios, que aumentavam o poder aos chefes e capatazes do seringal. Relata as condições sub-humanas que viviam desde a viagem até a instalação no seringal, alocados em péssimas condições sanitárias e ameaçados pelos índios.¹¹ Ao apreciar as relações de poder, mostra o domínio pela força do facão, da bebida que iludia¹², do tronco e dos castigos corporais, além de outro tipo de escravização, a do financiamento.

Na verdade, Castro conseguiu, como afirma Fraga,¹³ "revelar muito mais que a beleza tropical da floresta brasileira, ele pôs em evidencia o homem amazônico (nordestinos, negros, brancos e mestiços). Mostrou uma "sociedade de cuja decomposição surge o sentido da liberdade que forma novos valores."¹⁴ Ferreira de Castro¹⁵ finaliza o romance cuidando da justiça e dos delitos humanos, aspectos dos mais fortes, dentre os que impressionaram o autor em sua vivência no seringal, ao mesmo tempo em que compreendeu a dimensão da resistência e da reação do homem a tais agressões físicas e morais.

¹⁰ Poronga é lamparina usada pelos seringueiros na cabeça para percorrer as estradas da seringa na floresta. Feita de latas de óleo, utiliza como combustível o querosene.

¹¹ CASTRO, José Maria Ferreira de. 1955, op. cit., p. 184.

¹² "Morfina para a vida triste do seringueiro", como afirma Ferreira de Castro. *Ibidem.*, p. 89.

¹³ FRAGA, José Carlos Vieira. **Ferreira de Castro**: duas narrativas e uma trajetória. 2010, 139 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010, p. 51. Disponível em:

https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=16714@1.

Acesso em: 2 out. 2020

¹⁴ BAZE, Abrahim. **Ferreira de Castro**: um emigrante português na Amazônia. Oliveira de Azeméis: Revista Portugal, 2001, p. 14.

¹⁵ CASTRO, José Maria Ferreira de, 1955, op. cit., p. 285-286.

2. O ciclo da borracha: aspectos econômicos e sociais

O livro *A Selva*, retrata o momento histórico ocorrido na Amazônia e, em particular, no Amazonas, quando a extração da borracha passou a ser executada em escala comercial. Foi responsável por intenso movimento migratório em direção à região, tanto que se estima que cerca de 500.000 nordestinos, especialmente cearenses, saíram do Nordeste em função da seca e foram atraídos para o Norte para atuação nos seringais, durante mais de cem anos.¹⁶

Apesar da borracha ter a sua utilização conhecida para vários produtos, foi no começo do século XIX que a procura por essa matéria-prima aumentou, especialmente, pelos europeus e americanos.¹⁷ A ampliação de sua importância e valor comercial a partir de 1839, quando Charles Goodyear descobriu o processo de vulcanização que lhe garantiu maior durabilidade e resistência, tornou-se bem de valor significativo, especialmente, para indústria automobilística.¹⁸

Arthur Reis¹⁹ assinala que apesar de outros países da América Latina utilizarem a borracha como matéria-prima, foi no Brasil que a produção apresentou crescimento acelerado. Nesse sentido Benchimol,²⁰ informa que, a partir de 1827, a pauta de exportações já apresentava 30 ton. do produto. Com a vulcanização, em 1839, houve estímulo à coleta, com a produção ampliando-se em crescimento acelerado e, em 1911-1912, atingiu 42.286 ton., quantidade essa nunca alcançada. Essa é a fase conhecida como “primeiro ciclo da borracha”, quando se tornou o segundo produto de maior expressão para as exportações do Brasil, alcançando 28,2% das exportações no período de 1905 a 1909.²¹

A importância do produto levou a que a Inglaterra se interessasse, desde 1863, em promover produção racional, diferente do extrativismo amazônico. Após

¹⁶ BENCHIMOL, Samuel. **Amazônia: um pouco-antes e além-depois**. Manaus: Umberto Calderaro. 1977. (Amazoniana;1). p. 670.

¹⁷ LOUREIRO, Antonio. **A grande crise (1908-1916)**. Manaus: T. Loureiro & Cia., 1986, p. 17.

¹⁸ OLIVEIRA FILHO, Marco Aurélio Maia Barbosa. **A luta dos seringueiros e a criação das reservas extrativistas: os trabalhadores da borracha numa perspectiva histórica**, p.1. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/356859628/A-Luta-Dos-Seringueiros>. Acesso em: 2 out. 2020

¹⁹ REIS, Arthur César Ferreira. **O seringal e o seringueiro**. 2. ed. Manaus: Editora da Universidade do Amazonas/Governo do Estado do Amazonas, 1977, p. 103-105.

²⁰ BENCHIMOL, Samuel, 1977, op. cit., p. 547.

²¹ LOUREIRO, Antonio, 1986, op. cit., p. 68.

experimentos feitos em Ceilão, implantou a produção em colônias britânicas no Oriente e, no ano de 1898, já se apresentava com exportação comercial,²² com aumento anual de produção e exportação, em contraposição ao declínio daquela oriunda da Amazônia.²³

O que se verificou foi a degradação da atividade extrativa da borracha nos seringais nativos da Amazônia, em célere queda da renda e demais atividades econômicas e, finalmente, o abandono dos seringais e, em que pese algumas tentativas de intervenção no mercado pelo Governo Central, estas não foram capazes de impedir a *débâcle*,²⁴ cujo "caos econômico" atingiu, especialmente, as cidades de Manaus e Belém que, "após duas décadas de explosão e fastígio," em nove anos dissiparam-se as fortunas rapidamente adquiridas, até a completa estagnação e esquecimento²⁵. Investimentos²⁶ que atingiram montante de 350 milhões de libras esterlinas em formação de capital na região durante o período de 1821 a 1947²⁷, reduziram até a sua completa paralização, mesmo com a tentativa de revitalização ocorrida entre 1942 e 1945, motivada pela Segunda Guerra Mundial, com a denominada "batalha da borracha". Porém, com o final da guerra, mais uma vez, a crise se estabeleceu.²⁸

Considerado sob outra ótica, esse momento histórico deu à Amazônia dimensão humana influenciada pelo drama, sofrimento e sacrifício de vidas. Samuel Benchimol²⁹ destaca que o estudo do "cearense" e da seringa constituem a compreensão das "chaves da nossa formação social e econômica".

²² LOUREIRO, Antonio, 1986, op. cit., p. 20-22.

²³ Em 1913, a produção asiática era superior à da Amazônia (47.618 contra 39.370), correspondendo a 50% do produzido no mundo, e em 1917, a produção do Oriente foi superior a cinco vezes à da Amazônia (213.070 contra 39.370), decrescendo ano após ano, até atingir 6.550 toneladas em 1932. LOUREIRO, Antonio, 1986, op. cit., p. 22-23.

²⁴ REIS, Arthur César Ferreira, 1977, op. cit., p. 128.

²⁵ LOUREIRO, Antonio, 1986, op. cit., p. 24.

²⁶ Os investimentos com recursos internacionais foram em empresas de transporte, instalação portuária, energia, telégrafo, comércio e navegação, tratamento de esgoto, matadouro, bonde, banco, construção de barcos, etc. (LOUREIRO, Antonio, 1986, op. cit., 79-82).

²⁷ BENCHIMOL, Samuel, 1977, op. cit., p. 670-671.

²⁸ REIS, Arthur César Ferreira, 1977, op. cit., p. 133-135.

²⁹ BENCHIMOL, Samuel, 1977, op. cit., p. 144

3. Crescimento econômico e desenvolvimento humano: breves apontamentos conceituais

A distinção entre crescimento e desenvolvimento tem marcado o debate acadêmico, sendo que, por dois séculos, o conceito de desenvolvimento ficou restrito ao de crescimento, sem observância da melhoria dos indicadores sociais.

Celso Furtado³⁰ ensina que o desenvolvimento é um processo histórico e não se pode restringir às explicações em categorias puramente econômicas e o desenvolvimento está relacionado ao conjunto de transformações que podem ocorrer nas estruturas sociais, acompanhadas da acumulação no sistema de produção.

Fabiano Del Masso³¹ e Eros Grau³² destacam esses aspectos ao considerar que o desenvolvimento proporciona alteração estrutural da economia através de mudanças de modelos produtivos ou, ainda, na satisfação das necessidades humanas e o crescimento implica apenas em melhora quantitativa de determinados indicadores e, embora o conteúdo econômico tenha relevância, deve-se ter em mente que este integra a noção de desenvolvimento que tem maior amplitude.

É indiscutível não ser possível pensar em desenvolvimento sem crescimento econômico, pois o primeiro depende do quanto uma economia consegue crescer e produzir além do que consome para que se torne exequível a distribuição dos excedentes³³. Nesse sentido, enuncia Gina Pompeu³⁴ "o desenvolvimento econômico nem sempre coaduna com desenvolvimento sustentável e humano".

A ampliação do conceito de desenvolvimento tem se dado a partir de novas dimensões. Amartya Sen³⁵, destaca a relação de desenvolvimento com a liberdade,

³⁰ FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986. (Os economistas), p. 18-20, 78-80.

³¹ DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 105.

³² GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 7-8.

³³ DINIZ, Francisco. "Crescimento/desenvolvimento econômico: do otimismo do século XX às incertezas do século XXI." In: POMPEU, Gina Marcílio (coord.). **Direito constitucional nas relações econômicas: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 55.

³⁴ POMPEU, Gina Vidal Marcílio. "La Costituzione Alla Prova della crisi finanziaria mondiale". **Rivista del Gruppo di Pisa. Gli-argomenti**, Lecce, 3,14 set. 2012, p. 03. Disponível em: https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Gina_Vidal_Marc%C3%ADlio_Pompeu_-_A_dimensao_internacional_da_crise_financeira_e_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 2 out. 2020

³⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 10 e 19.

sendo esta de importância intrínseca e objetivo supremo do desenvolvimento como fim, meio e “perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento”.

Martha C. Nussbaum³⁶, oferece análise com enfoque nas capacidades, assim consideradas como “garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, com um mínimo de respeito que a dignidade humana requer”³⁷.

Sob outro aspecto, as questões ambientais assumiram significado, especialmente na ONU e, a partir de 1972, na conferência de Estocolmo, defendeu-se ser necessário “outro crescimento para um outro desenvolvimento”.³⁸ Assim, o meio ambiente saudável passou a integrar o conceito de desenvolvimento com o enunciado de que “o desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades.”³⁹

John Elkington⁴⁰, ao avaliar a posição das empresas em relação à sustentabilidade, considera a relevância de três pilares que, de forma integrada, deverão pautar as estratégias de negócios, quais sejam: prosperidade econômica, qualidade ambiental e justiça social. O autor desenvolveu, assim, a Teoria dos Três Pilares ou *Triple Bottom Line*: o pilar econômico – *Profit*; o pilar ambiental – *Planet*; e o pilar social – *People*. Dessa forma, o meio ambiente saudável passou a ter lugar de relevância nos estudos do desenvolvimento humano, possibilitando-lhe completude, ao lado de outras dimensões, também, indispensáveis.

3.1 O desenvolvimento como direito fundamental

Os estudos sobre o desenvolvimento têm relação estreita com a história do

³⁶ NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 83-93.

³⁷ A autora elenca dez capacidades com destaque para a vida, a saúde e a integridade física, os sentidos, a imaginação e o pensamento, as emoções, a liberdade e consciência religiosa, afiliação, a relação com os animais e plantas, o controle sobre o próprio ambiente.

³⁸ SACHS, Ignacy. **A terceira margem**: em busca do desenvolvimento. Tradução Rosa Freire D' Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 230-231.

³⁹ BRUNDTLAN, Gro Harlem. **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: o nosso futuro comum. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

⁴⁰ ELKINGTON, John. **Canibais com garfo e faca**. São Paulo: M. Books, 2012, p. 25-29, 107-108.

pensamento econômico. Entretanto, tem-se como marco o momento em que a perspectiva de análise se afastou do campo da economia e passou a ser enfocada sob a ótica do direito.

Após a aprovação, em 1981, ONU deu-se o efetivo reconhecimento do desenvolvimento como um direito humano inalienável e, em 1986, foi expedida a Resolução n.º 41/28 da ONU, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento⁴¹. O direito ao desenvolvimento é entendido como direito-síntese que objetiva integrar os demais direitos humanos, conferir organicidade ao sistema e garantir a promoção e aplicação desses direitos.⁴²

É considerado direito de terceira dimensão, conforme Ingo Sarlet,⁴³ juntamente com o direito ao meio ambiente saudável, à comunicação e à proteção do patrimônio cultural. São direitos cuja titulação não é individual, mas pertencente à coletividade e sua abrangência reúne direitos coletivos, relacionados a grupos humanos, e direitos difusos, que considerados como indivisíveis, têm sua titularidade relacionada à sociedade como um todo, conforme destaca Rafael Xerez⁴⁴

O conceito de desenvolvimento ao ser ampliado com outras dimensões além da econômica motivou a constitucionalização do direito ao desenvolvimento que foi promovida em várias Nações. Tanto é assim, que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, destaca os valores referentes aos direitos sociais e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade, ao meio ambiente e à justiça, entre outros, temas esses constantes desde o preâmbulo do texto constitucional, inseridos nos objetivos fundamentais da

⁴¹ A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU estabeleceu em seu preâmbulo que:

" (...) o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento de bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes". Em seu art. 1.º, dispôs:

Art. 1.º 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.

⁴² ISA, F.G. "El derecho ao desarrollo: entre la justicia y la solidaridad". **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Bilbao, n.01, 1998, p. 41.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral de direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 33-34.

⁴⁴ XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 33-34.

República e configurados na definição da ordem econômica, que deve se alicerçar na promoção da justiça social e assegurar existência digna, fundada, também, na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Diante da temática do presente estudo, cabe destacar o aspecto da valorização do trabalho como um dos pilares que solidifica o conceito de desenvolvimento humano, pois é um valor moral a ser observado tanto sob o aspecto de inserção social, que se traduz em dignidade humana, quanto sob o ponto de vista econômico como fomentador de produção, renda e progresso social.⁴⁵

A Constituição Brasileira de 1988 tratou diretamente desse tema ao garantir como direito fundamental o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais (art. 5º, XII) e, também, consagrar os valores sociais do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, estabelecendo-o como direito social no artigo 6.º. Por outro lado, o ordenamento jurídico brasileiro, fundamenta os valores do trabalho e define a vedação do trabalho em condição análoga a escravo no País. Esses aspectos, integram o princípio considerado matriz da Constituição qual seja o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundamento da República Brasileira.⁴⁶

Portanto, o texto constitucional em sua estruturação, princípios e regras favorece a conciliação entre crescimento econômico e desenvolvimento humano, ao permitir base normativa que permite ao País assumir do ponto de vista material e ético sua definição constitucional de República Federativa Democrática de Direito.⁴⁷

4. A teoria, a ficção e a realidade

A realidade encontra lugar na ficção e o caráter ficcional das obras literárias estão muitas vezes presentes na realidade. Esse é o entendimento de Streck e

⁴⁵ BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 71.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, 2012, op. cit., p. 75.

⁴⁷ POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento socioeconômico: direito constitucional nas relações econômicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 216.

Trindade⁴⁸ para quem as relações entre Direito e Literatura permitem promover nova leitura jurídica, a partir de contribuições interdisciplinares. É inegável que as mais diversas obras literárias têm em seus enredos e narrativas elementos que remetem à aplicação do direito, o que permite reflexão à partir dos argumentos e situações postas e o cotejo com o ordenamento jurídico passado e presente, com ênfase na análise sobre a concretização de direitos fundamentais.⁴⁹

Essa é a proposta do presente artigo, que ao estudar a obra *A Selva*, confronta-a com a realidade econômico-social do Amazonas, em período particular de sua história e tem presente essa forte inter-relação ficção/realidade da qual ressaltam fenômenos de interesse jurídico e propícios para o estudo acadêmico.

Sob a ótica do Direito Constitucional Econômico tem-se que o livro apresenta como cenário uma região que foi objeto de grande exploração de produto extrativo de interesse internacional, estratégico, para aquele momento de crescimento da indústria internacional e que garantiu, especialmente ao Amazonas, a geração de riqueza, em função da exportação.

Desse modo, ao se lavar em conta a síntese dos conceitos apresentados, a partir da posição de vários estudiosos da matéria, observa-se que, de fato, o *crescimento econômico* ocorreu no Amazonas nesse período, pois é inegável que se deu o aumento da capacidade produtiva da economia regional, com acumulação dos sistemas de produção, melhora quantitativa de índices de produção, exportação e geração de receita. Receita essa, que parte foi transformada em riqueza local, e parte transferida para fora da região pelos mecanismos inerentes às relações com o mercado internacional e pela carga tributária imposta pela União Federal ao estado exportador.

A parcela da renda gerada que foi fundamental para proporcionar os melhoramentos urbanos e de infraestrutura em Belém e Manaus, as duas capitais mais afetadas diretamente pelo ciclo da borracha, não garantiu melhorias sociais à parcela mais significativa da população, com os benefícios concentrados a pequeno número de pessoas e, quando no fim do ciclo, não foi capaz de evitar a situação de

⁴⁸ STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013, p. 3-4.

⁴⁹ XEREZ, Rafael Marcílio, 2014, op. cit., p. 236.

pobreza e de abandono que se abateu sobre grande parte daqueles que permaneceram na região.

De outro lado, é indubitável que não se pode constatar a ocorrência de *desenvolvimento humano*, aqui considerado em seu conceito mais amplo, onde é indispensável além da expansão quantitativa da produção e da renda, que esta seja equitativamente distribuída, com a melhor utilização dos fatores materiais e humanos, garantindo a perspectiva social, cultural, política e sem perder de vista o aspecto da utilização racional dos recursos ambientais e o respeito às liberdades individuais. No caso, a visão de Amartya Sen⁵⁰ ganha relevância, pois contrariamente ao que é preconizado pelo autor, o que se vivenciou no romance e na realidade foi processo de completa privação da liberdade econômica, social e política.

Ao se trazer a proposta de Martha Nussbaum⁵¹ que prevê a garantia das capacidades pelos governos, tem-se que, contrariamente, o Amazonas antes e ao tempo de Ferreira de Castro presenciou forte agressão à vida, à liberdade, à saúde, à integridade física, aos valores do trabalho e demais outras capacidades propostas pela autora, numa afronta à dignidade da pessoa humana, pelo tratamento abusivo atribuído aos trabalhadores dos seringais, em sistema capitalista de semiescravidão, de exploração de mão de obra, de desvalorização da justiça, da igualdade e da liberdade entre os homens.

Se enfocados os relatos sob a ótica de John Elkington, o Pilar Econômico foi superdimensionado, o Pilar Social completamente desprezado, e o Pilar Ambiental não era considerado, apesar de que atividade de extração da borracha não fosse, em última análise, depredadora do meio ambiente, esse era valor que não se fazia presente nas abordagens de então. Porém, havia percepção natural de que da preservação da estrada de borracha dependia o resultado dos negócios.

Desse modo, a questão ambiental estava relacionada, não à garantia das condições saudáveis à vida do homem, mas à sustentação econômica. Portanto, pode-se considerar a existência de enfoque antropocêntrico, ao se tomar por base a

⁵⁰ SEN, Amartya, 2000, op. cit., p. 18.

⁵¹ NUSSBAUM, Martha C, 2013, op. cit., p. 83-93.

posição de Marcelo Rodrigues⁵² para quem os bens ambientais eram protegidos por sua valoração econômica, a partir de concepção egoísta da chamada fase econômica da proteção do meio ambiente. Portanto, a ficção trazida pela obra *A Selva* que se confunde com a realidade, revela a valorização do crescimento econômico em detrimento do desenvolvimento humano e o interesse ambiental pelo seu resultado econômico.

Sob outro enfoque, verifica-se que, nos anos em que se deu o *boom* da economia da borracha na Amazônia, ainda que não houvesse legislação protetiva como a dos dias atuais, de direitos humanos e de regulação das relações do trabalho, não há falar em completa ausência de normas legais que pudessem ser aplicadas em defesa dos seringueiros, não só em razão do tratamento desumano, como pela forma e condições de trabalho e remuneração a que estavam submetidos.⁵³

Induvidoso considerar que o regime de trabalho a que os seringueiros foram submetidos afrontava o inteiro teor das regras codificadas e de outras normas internacionais e, mesmo dispondo da organização da Justiça nas regiões dos seringais, não se percebiam iniciativas de proteção efetiva dos direitos humanos e de relações de trabalho para prevenir ou remediar esse regime, nem punição dos responsáveis, a demonstrar a força do poder econômico que impedia essa ação.

No plano da ficção ou da realidade na forma apresentada, tanto ao tempo de Ferreira de Castro no Amazonas como atualmente, este é, ainda, um embate que a sociedade continuará a travar na busca pela efetivação de direitos consagrados.

⁵² RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005, p. 90.

⁵³ Expressivo conjunto de normas e códigos havia sido editado estabelecendo direitos comuns, tais como: "Declaração de Direitos" ("Bill of Rights"), de 1689, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a Carta das Nações Unidas de 1945 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948. Além desses, Constituição da República de 1891 estabelecia a regra geral de que "todos são iguais perante a lei", ou o relativo ao *habeas corpus*. O Código Criminal do Império (1830) contemplava tais questões sem precisão e clareza. No Código Penal do Brasil (1890) é possível identificar, nos art. 180 a 183 regras que tratam dos crimes contra a privação da liberdade pessoal, do emprego de violência, do sequestro e cárcere privado, com penas que variavam de seis meses a doze anos, a depender das características do crime e agravantes.

Conclusão

A representação literária trazida à reflexão possibilitou a apresentação de fatos relativos a importante período da história da Amazônia e do Amazonas em particular, através da experiência e do olhar de estrangeiro, que tendo participado diretamente daquele ambiente que se revelara forte, belo, surpreendente, mas hostil, permite um relato que prima pelo realismo e cujo imaginário leva a perceber que resultou de experiência traumática de seu autor, ao vivenciar o trabalho quase escravo em seringal amazônico. Assim, a obra põe em evidência os dramas dos seres humanos resultantes do sistema econômico que os explorava, das relações de poder que os subjugava e do sistema jurídico-político e dos entes públicos que os ignorava.

A realidade trazida da ficção não é menos dura e contundente, ao se considerar que todo o relato de subjugação, exploração, castigos corporais, sustação das liberdades individuais, de homens por outros homens em meio a floresta e de cujo esforço os entes públicos se aproveitavam para o florescimento dos centros urbanos e, principalmente, das capitais do Amazonas e Pará, mantendo-se distantes, como se desconhecesse o sistema empregado nos seringais para obtenção do produto que alimentava e florescia a economia da região, fundada em profundo e grave desrespeito aos direitos humanos, tal como hoje se concebe.

Sob o ponto de vista das escolas do pensamento jurídico ambiental, ao avaliar o período histórico estudado, se conclui que é possível identificar a predominância do antropocentrismo, com o meio ambiente, sem tutela protetiva específica, apenas instrumento de atendimento dos interesses econômicos.

Diante da apreciação do livro e dos conceitos e teorias apresentadas, além de instrumentos jurídicos disponíveis, o resultado concreto do ciclo econômico em referência foi de crescimento obtido naquela época, mas que não se configurou, adiante, em desenvolvimento humano conforme os entendimentos preconizados pelos estudos antes demonstrados.

Referências

BAZE, Abrahim. **Ferreira de Castro**: um emigrante português na Amazônia. Oliveira de Azeméis: Revista Portugal, 2001.

BENCHIMOL, Samuel. **Amazônia**: um pouco-antes e além-depois. Manaus: Humberto Calderaro. 1977. (Amazoniana;1).

BOCORNY, Leonardo Raupp. **A valorização do trabalho humano no Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

BRAGA, Robério dos Santos Pereira. "O Amazonas ao tempo de Ferreira de Castro". In: CONGRESSO INTERNACIONAL A SELVA, 2005, Oliveira de Azeméis, Portugal. **Actas [do] Congresso Internacional de 75 anos de A Selva**. Oliveira de Azeméis, Portugal: Centro de Estudos Ferreira de Castro, 2007. p. 37-76.

BRAGA, Robério dos Santos Pereira. **O Amazonas ao tempo de Ferreira de Castro**. Manaus: Governo do Estado do Amazonas /Secretaria de Estado da Cultura, 2006.

BRUNDTLAN, Gro Harlem. **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**: o nosso futuro comum. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>. Acesso em: 08 jul. 2020.

CASTRO, José Maria Ferreira de. **A Selva**: romance. Ilustrações de Portinari. Lisboa: Guimarães Editores. 1955. Edição Comemorativa do XXV Aniversário de Publicação de "A Selva". 1930 – 1955.

COELHO, Maria Adelaide Antunes de Brito. **A Selva**: do romance de Ferreira de Castro ao filme de Leonel Vieira. 2007. 150 f. Dissertação (Mestrado em Literatura Lusófonas Comparadas) -Universidade Aberta. Disponível em: <https://repositorioaberto.uab.pt/handle/10400.2/683?locale=en>. Acesso em: 2 out. 2020.

DEL MASSO, Fabiano. **Direito econômico**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

DINIZ Francisco. "Crescimento/desenvolvimento econômico: do otimismo do século XX às incertezas do século XXI". In: POMPEU, Gina Marcílio (Coord.). **Direito constitucional nas relações econômicas**: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ELKINGTON, John. **Canibais com garfo e faca**. Edição Histórica de 12 anos. São Paulo: M. Books, 2012.

FRAGA, José Carlos Vieira. **Ferreira de Castro**: duas narrativas e uma trajetória. 2010. 139 f. Dissertação (Mestrado em Letras) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc->

rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=16714@1. Acesso em: 2 out. 2020.

FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1986. (Os economistas).

GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

ISA, F.G. "El derecho ao desarrollo: entre la justicia y la solidariedade". In: **Cuadernos Deusto de Derechos Humanos**, Bilbao, n.01, p. 9-61, 1998.

LOUREIRO, Antonio. **A grande crise (1908-1916)**. Manaus: T. Loureiro & Cia., 1986.
NUSSBAUM, Martha C. **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA FILHO, Marco Aurélio Maia Barbosa. **A luta dos seringueiros e a criação das reservas extrativistas**: os trabalhadores da borracha numa perspectiva histórica. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/356859628/A-Luta-Dos-Seringueiros>. Acesso em: 2 out. 2020.

ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986)**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/bmestar/dec86.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. La Costituzione Alla Prova della crisi finanziaria mondiale. **Rivista del Gruppo di Pisa. Gli-argomenti**, Lecce, 3,14 set. 2012. Disponível em: https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Gina_Vidal_Marc%C3%ADlio_Pomp eu_-_A_dimensao_internacional_da_crise_financeira_e_seus_reflexos.pdf. Acesso em: 2 out. 2020.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. **Democracia contemporânea e os critérios de justiça para o desenvolvimento socioeconômico**: direito constitucional nas relações econômicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

REIS, Arthur César Ferreira. **O seringal e o seringueiro**. 2. ed. Manaus: Editora da Universidade do Amazonas/Governo do Estado do Amazonas, 1977.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Ambiental**: parte geral. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

SACHS, Ignacy. **A terceira margem**: em busca do desenvolvimento. Tradução Rosa Freire D' Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral de direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

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

STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karan. **Direito e literatura**: da realidade da ficção à ficção da realidade. São Paulo: Atlas, 2013.

XEREZ, Rafael Marcílio. **Concretização dos direitos fundamentais**: teoria, método, fato e arte. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

