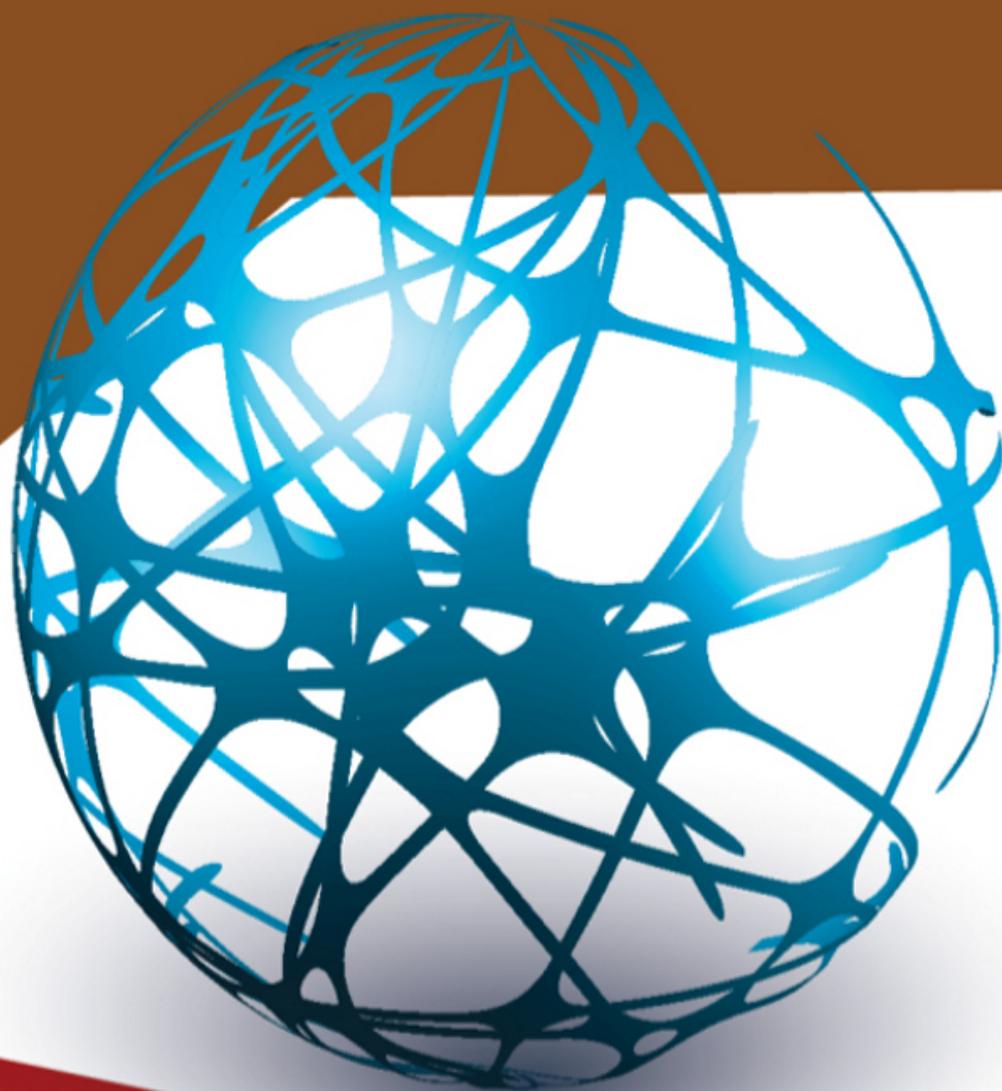


DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO



ORGS.

JOSILENE HERNANDES ORTOLAN DI PIETRO

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA

JOÃO EDER FURLAN FERREIRA DE SOUZA

IX
SIMPÓSIO
INTERNACIONAL
DE ANÁLISE
CRÍTICA DO
DIREITO
SIACRID



©2019 - Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Dirceu Pereira Siqueira & João Eder Furlan F. de Souza
(Orgs.)

Edinilson Donisete Machado
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do IX SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Murcia - Espanha)
Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Univem)
Prof. Dr. Gustavo Preussler (UFGD)
Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia (UFOP)
Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira (UNICESUMAR)
Profa. Dra. Maria Aparecida Alkimin (UNISAL)
Prof. Dr. Sergio do Amaral Tibiriça (Toledo Prudente Centro Universitário)
Prof. Dr. Zulmar Fachin (IDCC)
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP – Ribeirão)
Prof. Dra. Cláudia Mansani Queda de Toledo (ITE-Bauru)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Direito Constitucional Contemporâneo / Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Dirceu Pereira Siqueira & João Eder Furlan Ferreira de Souza, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP, 2019. (Anais do IX Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores

Bibliografia

ISBN 978-85-62288-84-5

1. Direito Constitucional Contemporâneo / Josilene Hernandes Ortolan Di Pietro, Dirceu Pereira Siqueira & João Eder Furlan Ferreira de Souza

CDU-342.7

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito. Direito Constitucional Contemporâneo.
342.7

As ideias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores. É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

**FUNDAÇÃO
ARAUCÁRIA**

Apoio ao Desenvolvimento Científico
e Tecnológico do Paraná

SUMÁRIO

A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSEQUENTE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL....5 Michele Carolina FELICIANO	
A CONDIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO REFUGIADO NO BRASIL.....19 Amanda Bassi LAGANA Taigoara Finardi MARTINS	
A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO PROTETIVO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS.....38 Julia Thais de Assis MORAES Viviane RIGOLDI	
A ECOLOGIZAÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO: UM NOVO PARADIGMA DA DIGNIDADE DA VIDA PARA ALÉM DA HUMANA.....52 Fúlvia Letícia PEREGO	
A INTERRUPÇÃO ESPONTÂNEA DA GESTAÇÃO ENQUANTO EXPRESSÃO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE LIBERDADE DA MULHER NAS DEMOCRACIAS BRASILEIRA E ALEMÃ.....75 João Carlos Lavigne de Lemos TAVARES Marina Rodrigueiro Peres FONSECA	
A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONE SUL E A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....94 Evelyn de Souza CLAUDINO Isabela Mendez BERNI	
A ORDEM ECONÔMICA E OS GRUPOS VULNERÁVEIS SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL.....109 Larissa Aparecida COSTA Isabella Cossa do Prado OLIVEIRA	
ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA TECNOLÓGICA.....128 Hugo Crivilim AGUDO Beatriz Vieira MUCHON	
ASPECTOS RELEVANTES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....143 Adriano Carlos Ravaioli	

“CAIXA DOIS” ELEITORAL: A SUBVERSÃO DOS “VALORES” ELEITORAIS.....	165
Simone Valadão Costa e TRESSA	
“CASAMENTO INFANTIL” E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXÕES NECESSÁRIAS.....	181
Fabiani Daniel BERTIN Carla BERTONCINI	
CRÍTICA ÀS COORDENADAS ESTABELECIDAS PELO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO DE UM PONTO DE VISTA JURÍDICO-FILOSÓFICO.....	199
José Mauro GARBOZA JUNIOR Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA	
DANO EXISTENCIAL A PARTIR DO TELETRABALHO NA LEI 13.467/2017 E O DIREITO À DESCONEXÃO.....	220
Daniele PARMEGIANE José Eduardo Lourenço dos SANTOS	
DIREITO À ALIMENTAÇÃO E OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO.....	234
Bruna Caroline Lima de SOUZA Dirceu Pereira SIQUEIRA	
DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE DA COMPANHIA DE HABITAÇÃO DE LONDRINA COMO SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA.....	255
Daniela Lucca ROCHA João Pedro Barione AYROSA	
DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS AOS TRANSGÊNEROS.....	270
Amanda Ellen FERREIRA Laís Regina RODRIGUES	
ENFRENTAMENTO DA DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	284
Isadora Marques DEPIZOL	
PLURALISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL.....	297
Denison Lehr UNGLAUB Rubens BEÇAK	

A APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO EM AFRONTA AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E A CONSEQUENTE CONFIGURAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Michele Carolina FELICIANO¹

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo analisar a aplicação na prática do direito penal do inimigo no sistema carcerário brasileiro, tanto na forma de olhar para os presos quanto no seu tratamento, o que viola totalmente o princípio básico e fundamental da dignidade humana. Tal fato, acaba por enquadrar os criminosos como verdadeiros inimigos, excluídos da sociedade e sem o respeito as suas garantias individuais, abdicando totalmente a ideia de ressocialização e reintegração da pena e aderindo a uma guerra constante e implacável. Nesse cenário, a configuração do estado de coisas inconstitucional surge como consequência lógica e mais do que isso, como a solução efetiva e imediata ao grave problema de ordem social e constitucional enfrentado. Visando alcançar o objetivo proposto, foram utilizados os métodos indutivo e dedutivo, além de pesquisa doutrinária, jurisprudencial e em legislação vigente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal do inimigo; sistema carcerário; princípio da dignidade humana; estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze the practical application of the criminal law of the enemy in the Brazilian prison system, both in the way of looking at prisoners and in their treatment, which totally violates the basic and fundamental principle of human dignity. This ends up framing criminals as real enemies, excluded from society and without respect for their individual guarantees, totally abdicating the idea of resocialization and reintegration of the penalty and joining a constant and relentless war. In this scenario, the configuration of the unconstitutional state of affairs arises as a logical consequence and more than this, as the effective and immediate solution to the serious problem of social and constitutional order faced. Aiming at reaching the proposed objective, we used the inductive and deductive methods, as well as doctrinal, jurisprudential and current legislation research on the subject.

KEYWORDS: criminal law of the enemy; prison system; principle of human dignity; unconstitutional state of affairs.

INTRODUÇÃO

Inspirado por Günter Jakobs, o Direito Penal do Inimigo, em síntese, traz a ideia de que deve haver um direito para o cidadão e outro para o inimigo, aquele que viola a ordem jurídica e social.

O índice alarmante de violência acaba por incitar um clamor social e midiático por mais justiça, principalmente que essa justiça seja da maneira mais grave e repressiva possível.

¹ Graduanda em Direito Pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Estagiária do Ministério Público, Comarca de Ipaussu/SP. E-mail: mifeliciano97@gmail.com

Nesse cenário, o sistema carcerário brasileiro reflete o pensamento coletivo - que encontra amparo na referida Teoria – de que para aqueles que descumprem as normas e se afastam do comportamento social esperado, resta a renegação como cidadão e o peso da forte mão do Estado.

Assim, a adoção de medidas que transformam os presos em verdadeiros inimigos é plenamente aceita pelo governo e pela sociedade. Sob a falsa alegação de se alcançar a paz social, é permitido o abandono de importantes e fundamentais garantias, inclusive da dignidade humana, norteadora de todo e qualquer Estado Democrático de Direito.

Por meio do presente estudo é possível a partir do conhecimento da realidade dos presídios brasileiros e das condições desumanas e degradantes a que estão submetidos os detentos, estabelecer um paralelo com a teoria do Direito Penal do Inimigo e posteriormente analisar à luz das normas vigentes, com especial atenção aos direitos humanos e ao princípio da dignidade humana se a atual política criminal adotada é legal e adequada ou não.

Em meio a essa realidade caótica, surge o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional, como consequência lógica e que revela a amplitude da crise no sistema carcerário brasileiro e a gravidade das violações aos direitos humanos, bem como a inação do governo.

Por fim, caberá demonstrar se a adoção desse mecanismo constitucional possibilita a reversão do atual quadro carcerário brasileiro de maneira satisfatória e eficiente.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

1.1 Conceito e aspectos gerais

O Direito Penal do inimigo, criado pelo jurista alemão Günther Jakobs em 1985, funda-se na ideia de que devem existir dois Direitos, um dirigido aos cidadãos e outro aos inimigos do Estado.

O primeiro deve respeitar os direitos e garantias fundamentais, ao passo que o segundo deve ser exercido da forma mais severa possível, sem ser necessário atentar-se ao mesmo respeito direcionado aos cidadãos.

É basicamente dizer que o Estado Democrático de Direito existe e funciona para os cidadãos, já os inimigos não estão incluídos nele e tampouco podem contar com sua proteção e garantias.

Dessa forma,

O Direito Penal do cidadão é o Direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só a coação física, até chegar à guerra. (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p. 28)

O Estado (governo) é um verdadeiro pai tirano, aos cidadãos se observa a figura de um pai

que abraça aqueles que seguem as regras, já para aqueles que as descumprem surge o tirano que manda para o exílio.

O Direito Penal do Inimigo pressupõe a existência de uma sociedade com regras bem definidas e obrigatórias, bem como a sua inobservância por alguns. A sociedade é baseada em um contrato – ainda que abstrato- de comportamento esperado de seus integrantes, o descumprimento deste enseja a aplicação severa do Direito Penal.

São especialmente aqueles autores que fundamentam o Estado de modo estrito, mediante um contrato, entendem o delito no sentido de que o delinquente infringe o contrato, de maneira que já não participa dos benefícios deste: a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica. Em correspondência com isso, afirma Rosseau que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor. (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p. 24)

Sob outra perspectiva, para aqueles que não demonstram uma garantia cognitiva satisfatória de seguir o comportamento e padrão social esperado, a perda do status de cidadão é a consequência:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, MELIÁ, 2018, p. 40)

Deve-se lembrar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, devendo ser usado como última alternativa e geralmente para punir fatos já ocorridos, eliminando o perigo concreto e real. Veja-se:

Assim, por exemplo, o primeiro princípio a ser observado deverá ser o da *intervenção mínima*, coração, por assim dizer, do chamado *Direito Penal Mínimo*. Por meio dele, o legislador somente poderá fazer a escolha dos bens considerados de maior importância, devendo observar, ainda, sua natureza subsidiária, ou seja, o entendimento em virtude do qual se chega à conclusão de que o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, e nunca a *prima ou solo ratio*, uma vez que, se os demais ramos do ordenamento jurídico forem fortes o suficiente na proteção de determinado bem jurídico, é preferível que o Direito Penal não intervenha, preservando-se o *status libertatis* do cidadão. (GRECO, 2018, p. 04)

Todavia, no Direito Penal do Inimigo, o principal não são fatos consumados e sim o risco futuro.

Assim, o objetivo é punir e evitar perigos futuros causados pelos chamados inimigos, que violam a norma e não possuem chance de regeneração.

Manuel Cancio Meliá ilustra brilhantemente esse entendimento:

Dito de outro modo, o lugar do dano atual à vigência da norma é ocupado pelo perigo de danos futuros: uma regulação própria do Direito Penal do Inimigo. O que, no caso dos terroristas – em princípio, adversários – pode ser adequado, isto é, tomar como ponto de referência as dimensões do perigo, e não o dano à vigência da norma, já realizado, se translada aqui ao caso do planejamento de *qualquer* delito, por exemplo, de um simples roubo. Tal Direito Penal do inimigo, supérfluo – a ameaça da pena desorbitada carece de toda justificção -, é mais danoso para o Estado de Direito (...) (2018, p. 42)

Aqui, surge o primeiro problema, como estabelecer quem são os inimigos e quais perigos

enfrentar?

Partindo da premissa do Direito Penal máximo, todo e qualquer crime deve ser enfrentado da forma mais repressiva e hostil, relegando direitos e garantias individuais em prol da proteção coletiva.

Em outros termos, não há distinção entre condutas de menor e maior gravidade, sendo a todas aplicada a forte mão Estatal, punindo todos e quaisquer atos - inclusive preparatórios.

Dessa forma, toda e qualquer pessoa pode ser um inimigo, hoje, amanhã ou a qualquer momento.

Nesse sentido:

O inimigo é o indivíduo considerado pelo Estado como uma constante fonte de perigo a ser privado de direitos e garantias individuais próprios do cidadão, apresentando atitudes que revelam um distanciamento em relação às regras de direito, o que não ocorre acidentalmente e em separado, mas de forma duradoura. É dizer: são indivíduos que “não apresentam garantias imprescindíveis para o tratamento como pessoa”. A condição de inimigo implica a sua desconsideração como pessoa (...) (ALBUQUERQUE, 2011, p. 21 e 22)

Estamos diante de um verdadeiro Direito Penal simbólico, expressivo na teoria e pouco eficaz na prática.

Paradoxalmente, a criminalização de tudo resulta na punição de quase nada. Somado a isso, o enquadramento de todos como inimigos potenciais gera uma sociedade instável e em constante conflito, a qualquer momento pode ser deflagrada a guerra e os personagens do jogo alterados, a linha entre cidadão e inimigo é muito tênue, havendo uma verdadeira confusão e unificação.

No Estado Democrático de Direito a garantia de cidadão e de seus direitos é uma das bases fundantes e irrenunciáveis, não podendo ceder espaço ao Direito Penal do Inimigo.

1.2 Aplicação no processo penal brasileiro

O processo penal brasileiro por lidar primordialmente com um dos bens mais sagrados do ser humano, qual seja a liberdade, deve ser pautado e limitado pelos direitos constitucionais e garantias fundamentais do indivíduo.

Tal entendimento é defendido por Nestor Távora:

O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional. (...) (2018, p. 69)

E de igual modo por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli:

Seja qual for a concepção da função da pena, o Direito Penal, num Estado Constitucional de Direito, há de orientar-se por critérios de “proporcionalidade e de imputação” (Meliá),

preservando as garantias constitucionais e a essência do ser humano, ou seja, sua consideração como pessoa, como ser humano, como cidadão, e não como um irracional. (2018, p. 15)

Apesar disso tudo, na atualidade, podemos verificar a presença de reflexos do Direito Penal do Inimigo no nosso sistema normativo penal.

Um dos grandes exemplos é em relação à faltas disciplinares cometidas por presos, sendo estabelecido o regime disciplinar diferenciado (RDD) no art. 52, da Lei de Execução Penal: “A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol” (2018, p. 1428 e 1429).

Também é possível observar essa influência no instituto da prisão preventiva, afinal, admitir a possibilidade de prisão antes da sentença e muitas vezes sem sequer ter concluído toda a instrução, tem como escopo a punição motivada por um perigo futuro – seja de fuga, de alteração de provas, de continuidade delitiva e etc. – não de um fato consumado.

A prisão preventiva está disciplinada no art. 312, do Código de Processo Penal: “a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Parágrafo único: a prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, §4º)” (2018, p. 614).

Além disso, podemos citar a interceptação telefônica, medida cautelar probatória muito utilizada na realidade brasileira.

Primeiramente cabe lembrar, que a regra é a garantia do sigilo das comunicações telefônicas, esculpido no artigo 5º, inciso XII, da Constituição Federal e tido como verdadeiro direito fundamental.

Todavia, tal regra comporta uma exceção, qual seja: para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, nos termos estabelecidos em lei.

Nas palavras do brilhante Nestor Távora:

A Constituição Federal é o fundamento de validade da Lei nº 9.296/1996, que regulamentou o inciso XII, do seu art. 5º, ao destacar a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação

Tal medida restringe garantia individual do investigado, uma vez que é realizada sem sua comunicação ou autorização prévia, demonstrando a supremacia do interesse punitivo Estatal sobre o interesse individual do sujeito.

Por fim, vale dizer que o Direito Penal Brasileiro não adotou o Direito Penal do Inimigo, sendo que tais exemplos, na verdade, demonstram pequena influência, que não pode ser confundida com a adoção dessa Teoria.

Assim, ainda predomina no sistema processual penal o respeito as garantias processuais básicas e a própria dignidade do ser humano.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

2.1 Tratamento desumano aos presos

O artigo 41, da Lei 7.210/84 (Lei de Execução Penal) assegura que são direitos do preso “alimentação suficiente e vestuário; assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa”. Também devendo ser respeitada sua integridade física e moral, conforme previsto no artigo 40, da mesma Lei (Vade Mecum, 2018, p. 1427 e 1428)

Todavia, a realidade é outra.

Com o decorrer do tempo, o sistema carcerário brasileiro vem aumentando de forma alarmante. Segundo dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões (BNMP. 2.0) em agosto de 2018 havia cerca de 603 mil presos. (CNJ, online)

Informações do Conselho Nacional do Ministério Público indicam que a taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%. (CNMP, online)

A superlotação nos presídios é evidente, são inúmeros presos amontoados em pequenas celas, com condições de higiene e alimentação precárias, submetidos a temperaturas extremas, proliferação de doenças, além de agressões físicas, psicológicas e até mesmo sexuais.

Eles têm suas vozes abafadas, suas dores e sofrimentos ignorados e seus erros estampados e marcados para sempre, sendo obrigados a conviver dia após dia com a indiferença e o desprezo das autoridades e da própria sociedade.

Equiparam-se a verdadeiros animais presos na gaiola, a escória que a sociedade quer esconder e excluir de sua convivência.

Tudo isso retrata o pensamento e tratamento dispensado aos presos: o pior possível! Rejeitando-os como cidadãos e desrespeitando as garantias básicas de todo ser humano.

André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli bem pontuam que:

Independentemente da gravidade da conduta do agente, este há de ser punido criminalmente como transgressor da norma penal, como indivíduo, como pessoa que praticou um crime, e não como um combatente, como um guerreiro, como um inimigo do Estado e da sociedade. A conduta, por mais desumana que pareça, não autoriza o Estado a tratar o ser humano como se um irracional fosse. O infrator continua sendo um ser humano (2018, p. 15)

Há clara afronta ao art. 5º, inciso III, da Constituição Federal que prevê que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 2015).

A famosa indagação “os direitos humanos são para quem?” é inevitável. Afinal, se todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, como assegura o artigo 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (UNICEF, online), a situação desumana vivenciada nos presídios revela a falha Estatal e demanda medidas urgentes.

Os renomados autores Adriano Andrade, Cleber Masson e Landolfo Andrade destacam a inerência dos direitos humanos:

Resultado da reação do indivíduo contra a opressão do Estado absolutista, a Revolução Francesa de 1789 inaugurou a idade contemporânea. Naquele mesmo ano, seus valores foram lapidados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que pode ser considerada um marco na evolução dos direitos humanos. A rigor, somente a partir de então passou a desenvolver-se uma **teoria dos direitos humanos, ou seja, de direitos que são inerentes à espécie humana, e não exclusivos dos nacionais deste ou daquele Estado.** (2019, p.02, grifo nosso)

É pacífico o entendimento entre os doutrinadores de que os direitos humanos são para todos, constituindo algo inerente à própria qualidade de ser humano. Logo, o seu desrespeito não pode ser tolerado.

Além da ofensa direta aos direitos humanos, há uma ofensa a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, esculpido na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III: “a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 2015).

Assim,

(...) O Direito penal do inimigo encontra-se em notória ofensa a base de nossa Carta Magna, a qual desempenha função ímpar como pilar de um Estado Democrático de Direito, cognominada de Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado como direito fundamental na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III. (RAZABONI JUNIOR, 2017, p.48)

É certo que nenhum direito é absoluto, devendo sempre ser sob pesado no caso concreto e podendo ser relativizado.

Todavia, há uma exceção: o direito a dignidade humana é absoluto, jamais podendo ser relativizado ou colocado em segundo plano. Sua prioridade é a base de um Estado verdadeiramente democrático e humano.

Nas palavras do mestre Pedro Lenza, a dignidade da pessoa humana é:

Regra matriz dos direitos fundamentais (...) e que pode ser bem definido como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões a dignidade servirá

para orientar as necessárias soluções de conflitos (2015, p.1507)

No mesmo sentido preleciona Fernando Capez:

Podemos, então, afirmar que do Estado Democrático de Direito parte o princípio da dignidade humana, orientando toda a formação do Direito Penal. Qualquer construção típica, cujo conteúdo contrariar e afrontar a dignidade humana, será materialmente inconstitucional, posto que atentatória ao próprio fundamento da existência de nosso Estado. (2011, p.25)

Dessa forma, a realidade nos presídios brasileiros além de violar os direitos humanos, viola também o único direito fundamental absoluto e irrenunciável: a dignidade humana.

Cabe frisar que o Estado além de zelar pelo cumprimento das leis e impor as respectivas sanções, deve primordialmente assegurar as garantias e princípios estabelecidos como fundantes e basilares, sob pena de ruir toda estrutura democrática.

2.2 Inefetividade da ressocialização e reincidência

A pena não deve ser vista apenas como meio severo de punição do transgressor da norma, possuindo um importante viés social do qual decorre o objetivo de ressocialização do criminoso.

O art. 1º da Lei de Execução Penal dispõe que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal **e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado**” (BRASIL, 2018, p. 1424, grifo nosso).

De tal forma, a sanção não visa tão somente segregar o indivíduo, mas, também posteriormente reintegrá-lo ao convívio social. Assim, a pena exclui temporariamente o indivíduo, porém, ele continuará pertencendo eternamente à sociedade, devendo o Estado buscar meios de concretizar a sua reinserção.

Espera-se que o governo adote medidas, de cunho educacional, profissionalizante e que trabalhem a consciência, moral e resgate dos valores sociais do apenado, possibilitando o seu efetivo retorno de maneira satisfatória ao ambiente coletivo.

Infelizmente, tal expectativa resta isolada no plano teórico, sendo na prática frustrada e cedendo espaço a reincidência.

O Código Penal, em seu artigo 63, estabelece que “verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” (BRASIL, 2017, p. 31).

Assim, na realidade, o sistema carcerário ao invés de ser um ambiente de reabilitação e regeneração, se transformou em uma verdadeira escola do crime, sendo certo que os egressos fatalmente acabam por delinquir novamente.

Nesse ponto, já se posicionou o STF, asseverando que:

(...) A forte violação dos direitos fundamentais dos presos repercutiria além das respectivas situações subjetivas e produziria mais violência contra a própria sociedade. Os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, fomentariam o aumento da criminalidade, pois transformariam pequenos delinquentes em “monstros do crime”. A prova da ineficiência do sistema como política de segurança pública estaria nas altas taxas de reincidência. E o reincidente passaria a cometer crimes ainda mais graves. Consignou que a situação seria assustadora: dentro dos presídios, violações sistemáticas de direitos humanos; fora deles, aumento da criminalidade e da insegurança social. (online)

Conforme dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) em 2013, de 817 processos analisados, em 199 foi constatada a ocorrência da reincidência. (IPEA, 2015, p. 22 e 23)

As altas taxas de reincidência só demonstram a falha estatal e a inefetividade da ressocialização na atual conjuntura carcerária brasileira, demandando medidas urgentes e eficientes.

3 ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

3.1 Origem e pressupostos

O Estado de Coisas Inconstitucional tem sua origem na Corte Constitucional da Colômbia. Sendo adotado pela primeira vez, na *Sentencia de Unificación* (SU) 559, de 1997.

Ele pressupõe a existência de um quadro grave de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais, a falha estatal, caracterizada por sua inércia, bem como a necessidade de atuação de diversos órgãos e/ou autoridades públicas, por se tratar de questão que abrange uma pluralidade de pessoas.

Em outros termos,

Em síntese, são três os pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional: a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estatal estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, online)

Objetiva-se a proteção dos direitos fundamentais em tela e não apenas de interesses subjetivos dos demandantes de uma ação. Assim, resta configurado o chamado litígio estrutural, uma vez que trata de uma amplitude de pessoas e demanda medidas de execução complexas.

Nesse cenário, por meio do ativismo judicial é possível a adoção de remédios estruturais que visam solucionar o problema de bloqueios políticos e institucionais e permitir o diálogo sobre o problema enfrentado e as medidas para resolvê-lo.

A Corte Constitucional colombiana declarou o Estado de Coisas Inconstitucional (Na *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998) em relação ao seu sistema carcerário, devido a superlotação e as condições desumanas presentes nas Penitenciárias de Bogotá e de Bellavista de

Medellín.

Ocorre, que em tal caso, a Corte adotou um posicionamento de supremacia e deixou de realizar um diálogo com as demais instituições, a fim de verificar medidas realmente viáveis de acordo com a realidade local. Além disso, não efetivou o acompanhamento e fiscalização na fase de implementação, resultando em um verdadeiro insucesso.

De tal forma,

A execução dessas ordens não alcançou, todavia, grande sucesso. Os principais defeitos acusados foram a pouca flexibilidade das ordens, especialmente, em face dos “departamentos” locais, e a falta de monitoramento, pela própria corte, da fase de implementação da decisão. O erro da corte foi acreditar que sua autoridade contida nas decisões, por si só, seria suficiente para que os órgãos públicos cumprissem efetivamente com as medidas ordenadas. A corte pouco se preocupou com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens. Faltou diálogo em torno de como melhor realizar as decisões, não tendo sido retida jurisdição sobre a execução das medidas. (CAMPOS, online)

Posteriormente, em outra decisão acerca do deslocamento forçado de pessoas (*Sentencia T-025*, de 2004), a Corte colombiana logrou êxito com as ordens expedidas após o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Tal fato, se deve principalmente a adoção de diálogo com os demais órgãos e com a própria sociedade – o chamado diálogo institucional – possibilitando a implementação de medidas flexíveis e viáveis.

Carlos Alexandre de Azevedo Campos aponta que:

A corte buscou harmonizar o ativismo judicial revelado na intervenção sobre as políticas públicas com a proposta de diálogos institucionais. Como afirmam Paul Rouleau e Linsey Sherman, são preferíveis “ordens flexíveis sujeitas à jurisdição supervisória” a “ordens detalhadas sujeitas à execução se desrespeitada”. Com ordens flexíveis e diálogo sobre a implementação de medidas, cortes apontam a omissão estatal inconstitucional e a consequente violação massiva de direitos, fixam parâmetros e até prazos para a superação desse estado, mas deixam as escolhas técnicas de meios para os outros poderes. O acompanhamento permite aos juízes, uma vez devidamente informados, tomarem medidas capazes de assegurar a implementação das ordens, o que contribui para soluções superiores comparadas a eventuais decisões unilaterais. (online)

Assim, ao estabelecer as políticas públicas a serem adotadas, de forma genérica, conferindo a cada entidade a discricionariedade de atuação e execução, foi possível alcançar resultados efetivos.

Resta claro que a adoção do Estado de Coisas Inconstitucional com a utilização do diálogo e com o contínuo monitoramento da Corte possibilitou um resultado satisfatório e admirável na Colômbia.

3.2 Aplicação no sistema brasileiro

No Brasil, no ano de 2015, foi proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, que discutia a precariedade do sistema penitenciário e objetivava o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, diante das contínuas lesões a direitos básicos e fundamentais sofridas pelos presos em virtude de ações e omissões dos Poderes da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Sendo a partir dessa premissa requerida a adoção de uma série de políticas públicas visando contornar a problemática em questão.

Não há dúvidas que o sistema carcerário brasileiro enfrenta uma crise, que vem se intensificando com o decorrer dos anos. Por isso, na referida ação, visando cessar a grave violação dos direitos humanos e reverter esse cenário degradante dos presídios brasileiros, foi requerido liminarmente que fosse determinado “aos juízes e tribunais: a) que lançassem, em casos de decretação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não se aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no art. 319 do CPP; b) que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizassem, em até 90 dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contadas do momento da prisão; c) que considerassem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) que estabelecessem, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) que viessem a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspensão condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; e f) que se abatesse da pena o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal. Requeria-se, finalmente, que fosse determinado: g) ao CNJ que coordenasse mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no País, que envolvessem a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; e h) à União que liberasse as verbas do Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos — v. Informativos 796 e 797” (STF, 2015, online).

Após deliberação, o Colegiado deferiu a medida liminar que importava em obrigatoriedade da realização da audiência de custódia em até 90 dias e de apresentação do preso perante a

autoridade judiciária no máximo em 24 horas após o momento de sua prisão (alínea a), bem como de descongestionamento do Fundo Penitenciário Nacional, com a liberação de verbas (alínea h).

A ADPF 347 ainda não foi concluída e julgada definitivamente, porém, merece destaque o reconhecimento da configuração do Estado de Coisas Inconstitucional no sistema carcerário brasileiro.

Segundo entendimento do Tribunal Pleno, “haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal. Além disso, faltaria coordenação institucional. A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representaria falha estrutural a gerar tanto a ofensa reiterada dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. (...) A violação de direitos fundamentais alcançaria a transgressão à dignidade da pessoa humana e ao próprio mínimo existencial e justificaria a atuação mais assertiva do STF. Assim, caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados. A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas” (STF, 2015, online).

Portanto, a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional é medida imprescindível e bem adotada pelo STF e que não implica na substituição dos demais Poderes, pelo contrário, por meio do estabelecimento de diretrizes se planeja a atuação em conjunto dos Três Poderes, sempre pautado no diálogo entre eles e a própria sociedade, permitindo a superação da inércia estatal e das dificuldades institucionais e possibilitando a implementação de medidas efetivas para a solução do problema enfrentado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto anteriormente, verifica-se que o Direito Penal do Inimigo está fortemente presente no sistema carcerário brasileiro e no próprio pensamento coletivo, como uma resposta estatal ao grave problema de violência e criminalidade crescente no país.

Todavia, a adoção dessa teoria resulta em uma desumanização dos criminosos, retirando sua cidadania e reduzindo-os a verdadeiros inimigos.

Ademais, não podemos nos esquecer de que o governo deve ser feito para o povo, pelo povo, em nome do povo, indistintamente, privilegiando o princípio da igualdade. Ora, por lógica aquele que viola o ordenamento não passa a ser um inimigo declarado e perde o status de cidadão, continua sendo um cidadão que irá responder criminalmente pelas suas atitudes.

Admitir um Direito Penal do Inimigo seria realizar um exílio dentro do próprio país, indo totalmente contra uma das principais garantias constitucionais que é a dignidade da pessoa humana,

base de todo Estado Democrático de Direito.

É inadmissível aceitar o tratamento desumano, reduzindo os infratores a lixo e lhes retirando toda e qualquer possibilidade de recuperação e ressocialização, ora o sistema prisional não é somente para punir e isolar, mas para reeducar aquele que se desviou do correto. Cogitar a aceitação do Direito Penal do inimigo é claramente descrer da humanidade, da reabilitação, da efetividade do sistema carcerário e até mesmo do próprio direito em si.

Logo, a configuração do Estado de Coisas Inconstitucional deixa de ser uma mera consequência e constitui verdadeira decisão fundamental para o reconhecimento da atual e real situação carcerária brasileira e a implementação de medidas públicas por meio de uma atuação conjunta do Três Poderes e da sociedade a fim de sanar as falhas estruturais, restabelecendo um modelo penitenciário pautado no respeito aos direitos humanos e a futura ressocialização do preso.

Portanto, conclui-se pela inviabilidade da adoção da teoria do Direito Penal do Inimigo diante da clara afronta aos direitos humanos, em especial a dignidade humana, restando por conseguinte acertado o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Camila Menezes de. *O Direito Penal do Inimigo*. Boa Vista, 2011. 60 f. Orientador: Prof. Mauro José do Nascimento Campello. Monografia (Graduação) – Curso de Bacharelado em Direito. Universidade Federal de Roraima.

ANDRADE, Adriano, ANDRADE, Landolfo; MASSON, Cleber. *Interesses difusos e coletivos*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. São Paulo: Saraiva, 2017. (Legislação Saraiva de Bolso).

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 1988. 48 ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de novembro de 1984*. p. 1424-1442. Vade Mecum Saraiva Compacto. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. 19 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural#_ftn1> Acesso em: 15 de jul. 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, parte geral, volume I* – arts. 1º a 120. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CNJ. *BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria>

brasileira>. Acesso em: 11 de jul. 2019.

CNMP. *Taxa de ocupação dos presídios brasileiros é de 175%, mostra relatório dinâmico “Sistema Prisional em números”*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11314-taxa-de-ocupacao-dos-presidios-brasileiros-e-de-175-mostra-relatorio-dinamico-sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em: 11 de jul. 2019.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial, volume II – introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

IPEA. *Reincidência Criminal no Brasil – relatório de pesquisa*. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf> Acesso em: 14 de jul. 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Org. e trad.: André Luiz Callegari, Nereu José Giacomolli. 6 ed., 3.tir.- Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 12 de jul. 2019.

RAZABONI JUNIOR, Ricardo Bispo. *Direito Penal do Inimigo e seu eco na sociedade brasileira: estudo de caso na Fundação Educacional do Município de Assis (FEMA)*. Revista do Laboratório de Estudos da Violência UNESP/Marília. Ano 2017. Edição 19 – maio/2017.

STF. Informativo STF. *Sistema carcerário: estado de coisas inconstitucional e violação a direito fundamental*. Brasília, 7 a 11 de setembro de 2015 – nº 798. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>> Acesso em: 15 de jul. 2019.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 13. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

A CONDIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DO REFUGIADO NO BRASIL

Amanda Bassi LAGANA¹
Taigoara Finardi MARTINS²

RESUMO

No presente trabalho foi abordado acerca dos direitos jurídicos e sociais do refugiado que busca por abrigo no Brasil. Isto posto, o problema de pesquisa é baseado no amparo que a legislação nacional dá às pessoas que se encontram nessa situação, bem como a morosidade do processo de refúgio como entrave à efetiva proteção da dignidade e personalidade dos refugiados. Além disso serão pontuadas as dificuldades dessa nova situação, visto que a cada novo conflito ou perseguição existe a necessidade de adaptação dos instrumentos normativos protetores como forma de garantir uma proteção efetiva aos refugiados. Nesse contexto, o método de pesquisa utilizado para a elaboração do estudo foi o hipotético dedutivo para observar as conjecturas afirmadas no estudo, a fim de que sejam relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, ressaltando o reconhecimento do *status* de refugiado, a situação jurídica e os direitos estabelecidos a eles. O objetivo é analisar se a pessoa refugiada está sendo efetivamente amparada pelos direitos descritos na legislação brasileira, tendo em vista a morosidade do processo. Os objetivos foram atingidos, uma vez que as soluções são revisar as estruturas normativas e institucionais, aprimorar as políticas públicas e oferecer políticas de educação à população brasileira.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados; Dignidade; Morosidade.

ABSTRACT

In the present work, the legal and social rights of the refugee who sought shelter in Brazil were discussed. Thus, the research problem is based on the protection provided under national law to the people in this condition, as well as the length of the refuge process as an obstacle to the effective protection of refugees' dignity and personality. Besides the new situation as each new conflict or persecution requires the need to adapt protective normative instruments as a means of ensuring effective protection for refugees. In this context, the research method used to prepare the study was the hypothetical deductive to observe the conjectures affirmed in the study, in order that related to the principle of the dignity of human person. Highlighting the recognition of refugee status, legal status and the rights established to them. The objective was to analyze if the refugee person is being effectively supported by the rights described in the Brazilian legislation, due to the slowness of the process. The objectives were achieved, since the solutions are to review normative and institutional structures, improve public policies, and provide education policies to the Brazilian population.

KEYWORDS: Refugees; Dignity; Slowness.

1 INTRODUÇÃO

Há um movimento natural de pessoas ao longo dos últimos milênios. As pessoas têm percorrido vastas distâncias por diversas razões, como guerras, terremotos, inundações, fome ou simplesmente por curiosidade de conhecer outros locais e povos. Recentemente houve um

1 Acadêmica do Curso de Direito (FACNOPAR);

2 Mestre em Ciências Jurídicas (UENP); pós-graduado em Direito Constitucional (IDCC); graduado em Direito (UEL); advogado e professor; taigoara@finardieprochet.adv.br.

considerável aumento do número dessas movimentações, todavia, por situações de calamidade social quando o indivíduo corre risco de vida ao permanecer em seu país de origem, sendo obrigado a se mudar de lá.

Esses números elucidam a relevância temática para que seja compreendida a condição jurídica e social da pessoa refugiada, tendo em vista a análise dos direitos que são garantidos a partir do momento em que se busca acolhimento no Brasil. Sendo assim, é preciso pontuar as dificuldades dessa nova situação, visto que a cada novo conflito ou perseguição existe a necessidade de adaptação dos instrumentos normativos protetores como forma de garantir uma proteção efetiva para os refugiados.

Questiona-se ainda sobre o amparo que a legislação nacional dá as pessoas que se encontram nessa situação, bem como a morosidade do processo de refúgio como entrave à efetiva proteção da dignidade e personalidade dos refugiados. Neste contexto, será feita uma pesquisa com base no Estatuto do Refugiado, na Constituição Federal e nos órgãos nacionais e internacionais que assistem esses indivíduos.

O método de pesquisa utilizado para a elaboração do estudo será o hipotético dedutivo para a compreensão do assunto, elaboração dos capítulos e hipóteses que serão apontadas, a fim de serem relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana. Isto posto, no primeiro capítulo será trazido como é feito o reconhecimento dos direitos dos refugiados considerando a situação de refúgio daquelas pessoas que procuram por abrigo no Brasil, com base no princípio da dignidade humana.

Já no segundo capítulo será mencionado a respeito da situação jurídica dos refugiados por meio de uma análise do direito internacional dos refugiados em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, bem como a morosidade do processo de refúgio, visto que a pessoa refugiada fica desamparada até que tenha efetivamente *status* de refugiado. Neste capítulo se buscará ainda evidenciar os direitos políticos dos migrantes e refugiados no Brasil, dado que a Constituição Federal se contraria ao descrever em seus primeiros artigos os direitos políticos dessas pessoas.

E, por fim, no terceiro capítulo será discutido o modo em que são exercidos os direitos econômicos, sociais e culturais dos refugiados, dando maior ênfase à importância da seguridade social, visto que é necessário que o Estado dê amparo aos indivíduos que buscam uma nova oportunidade de vida no país de destino em que se hospedam e passam a viver.

2 RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DOS REFUGIADOS

Desde o fim da Primeira Guerra Mundial, o fluxo de migrações em direção à Europa vem se alongando pela América Latina e tem exibido altos índices, principalmente, no que diz respeito

aos migrantes que vêm em busca de refúgio de países como Síria, Haiti e Líbano. Nesse cenário, o Brasil começou a assistir os refugiados a partir da invasão aérea de Israel no sul do Líbano.

O fluxo migratório foi motivado por diversas razões, ocorrendo de forma voluntária ou obrigatória. As migrações voluntárias normalmente estão submetidas a fatores econômicos, sociais, culturais e políticos, ou seja, as questões pessoais constituem o principal motivo. Em contrapartida, as deslocamentos obrigatórias são consequências da impossibilidade de permanência no local de origem, sendo que os emigrantes necessitam ir para um novo país para se protegerem da hostilidade ou perigo inserido no seu território nativo.

Em um mundo permeado por conflitos, o Brasil recebe cada vez mais refugiados em busca de sobrevivência. Como a definição de migrante é frequentemente confundida com o termo refugiado, o Estatuto do Refugiado traz o conceito do mesmo em seu artigo 1º:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.³

Esse reconhecimento deve ocorrer precisamente antes do momento em que a condição de refugiado é formalmente declarada. Posto isto, a condição de refugiado não é um atributo que se dá ao indivíduo, mas sim ocorre por meio da constatação dessa qualidade. Um indivíduo não se torna refugiado por que é reconhecido como tal, porém, é reconhecido como tal porque é um refugiado.

A determinação da condição de refugiado é um processo dividido em duas partes. Primeiramente, é preciso definir toda a situação em que o refugiado se encontra. Em segundo lugar, devem ser aplicadas as distinções em três grupos que foram designados por cláusulas “de inclusão”, “de cessação” e “de exclusão”, dispostas na Convenção de 1951.⁴

As cláusulas de inclusão reúnem critérios para que a pessoa possa ser considerada refugiada, visto que o status de refugiado depende de a condição daquele indivíduo estar sofrendo ameaças em seu país de origem. As cláusulas de cessação são condições nas quais a pessoa perde o direito à condição de refugiado, ou seja, seria na ocasião em que o sujeito não se enquadra nos critérios de calamidade social enfrentados por um refugiado. E, as cláusulas de exclusão, nas quais apesar de satisfazer os critérios das cláusulas de inclusão, a pessoa não é beneficiada pelo Estatuto

3 BRASIL. Estatuto do Refugiado. **Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997**. 176º da Independência e 109º da República Brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

4 A Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi formalmente adotada em 28 de julho de 1951 para resolver a situação dos refugiados na Europa após a Segunda Guerra Mundial. Esse tratado global define quem vem a ser um refugiado e esclarece os direitos e deveres entre os refugiados e os países que os acolhem.

do Refugiado, como os haitianos, ainda que desafiem situações drásticas no Haiti, não estão passando efetivamente por perigo.⁵

2.1 Refúgio e dignidade da pessoa Humana

Os crescentes fenômenos migratórios são consequência da indispensável busca por países que possam fornecer liberdade, segurança, saúde, educação e trabalho, ou seja, é a busca por amparo legal de proteção dos direitos humanos.

A grande valoração da dignidade da pessoa humana é base para todo ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a liberdade de ir e vir de todos os seres humanos, bem como a não perseguição política e religiosa para tudo aquilo que possa ensejar uma convivência harmônica entre os povos. Desse modo, em relação a dignidade dos refugiados é pontuada a seguinte questão:

O princípio da não discriminação está no centro da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que proclama que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Corolário dessa afirmação é o fato de que os refugiados são pessoas comuns: homens, mulheres, crianças, jovens, adultos, idosos. Indivíduos que, em razão de guerras, conflitos, violência generalizada e perseguições de toda sorte, foram forçados a abandonar seus lares e a buscar refúgio em outros países para reconstruir suas vidas.⁶

A constante busca pela concretização de direitos e pela igualdade material no contexto nacional e internacional é cada vez mais crescente. Da mesma forma, cresce a preocupação com a sorte do progressivo número de refugiados. No que se refere a visão preconceituosa dos brasileiros, os refugiados são associados com terroristas e criminosos, e muitas vezes acabam por sofrer com a exploração laboral. A xenofobia⁷ é um problema que todo imigrante, seja ele refugiado ou não, precisa enfrentar.

Tendo em vista esse cenário, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu alguns direitos que acabaram sendo refletidos em outras normas internacionais humanitárias, como o direito à igualdade e à não incriminação perante a lei, isto é, o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Outro fator apresentado pela declaração descrita em seu artigo 14 foi a possibilidade de asilo:

Art. 14: Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. 2. Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas.⁸

-
- 5 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Política de refúgio no Brasil consolidada**. Brasília. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- 6 GEDIEL, J. A. P.; GODOY, G. G. **Refúgio e hospitalidade**. Kairós. 2016, p.119-138.
- 7 Xenofobia é um tipo de preconceito caracterizado pela aversão, hostilidade, repúdio ou ódio aos estrangeiros, que pode estar fundamentado em diversos fatores históricos, culturais, religiosos, dentre outros.
- 8 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human->

Devido a continuidade do deslocamento forçado, adveio a criação de um organismo internacional com atuação específica na proteção do refugiado a nível mundial. Desta forma, começou a agir o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR). Embora tenha sido criado no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas), o ACNUR foi considerado um organismo capaz de atuar independentemente tendo, inclusive, capacidade para celebrar tratados internacionais. Conforme seu estatuto suas principais missões são providenciar proteção internacional e buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados. Ainda é possível analisar que o ACNUR trabalha com três estratégias de soluções duráveis: a integração local, a repatriação voluntária e o reassentamento.⁹

A integração local consiste na adaptação do refugiado a sociedade do Estado que o acolheu e concedeu refúgio, a repatriação voluntária diz respeito ao regresso do refugiado ao seu país de origem depois de cessadas as causas que o obrigaram a fugir e, por fim, o reassentamento pode ser compreendido como o deslocamento de refugiados de um Estado para o outro e a transferência de indivíduos já conhecidos como refugiados, mas que, no entanto, ainda têm problemas de proteção ou integração social.¹⁰

Ademais, foi estipulada uma lei específica para os refugiados do Brasil, a Lei 9.474/97, a qual estabeleceu critérios de reconhecimento do *status* de refugiado e determinou o procedimento para esse reconhecimento criando, inclusive, um órgão administrativo competente para tratar do assunto, o Comitê Nacional Para Refugiados (CONARE). O CONARE é formado por um representante de cada um dos seguintes órgãos: Ministério da Justiça, das Relações Exteriores, do Trabalho, da Saúde, da Educação e do Esporte. Quanto as suas competências, é notório:

[...] que na realização de suas atividades o CONARE expede Resoluções Normativas com o escopo de regulamentar questões práticas relativas aos refugiados, como, por exemplo, a Resolução Normativa 1, que traz em seu anexo o modelo do termo de declaração que deve ser preenchido pelo refugiado quando de sua solicitação de refúgio.¹¹

Portanto, insta destacar que, a relação entre refugiado e os direitos humanos é devido a influência que a normatização do direito humanitário e dos órgãos protetores exercem sobre os refugiados, visto que o refúgio é um tema inserido na esfera de proteção dos direitos humanos.

rights/articles-11-20.html>. Acesso em: 22 fev. 2019.

9 ACNUR. **Estatuto do ACNUR**. Disponível em: <[https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR](https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR)>. Acesso em: 22 fev. 2019.

10 JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p. 86.

11 SILVA, Frederico Costa e. **A evolução normativa do direito internacional dos refugiados e a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017, s/p. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57777/a-evolucao-normativa-internacional-dos-refugiados-e-sua-influencia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

3 A SITUAÇÃO JURÍDICA DOS REFUGIADOS NO BRASIL

No Brasil, há grande contingente de solicitantes de refúgio que não têm condições de serem abrangidos pelo Estatuto do Refugiado por não possuírem os requisitos legais para a estabilidade em território nacional como os refugiados preenchem. Neste cenário, é possível ser analisada a definição do termo “apátrida”, que possui algumas características semelhantes com os aspectos do Estatuto do Refugiado. De acordo com o que está disposto no artigo 1º do Estatuto dos Apátridas, a definição de apátrida é a seguinte: “designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação”.¹²

Insta destacar que para se situar no território nacional o conconcorrente a acolhimento não pode ter tido crime contra a paz, delito de guerra, delito contra a humanidade, delitos graves de índole não política fora de seu país de residência e antes de ser admitido no país receptor. Nesse ponto, é relevante a análise para entender como o legislador brasileiro procura fazer cumprir as garantias fundamentais do ser humano e da dignidade da pessoa humana conjuntamente ao dever de preservar a segurança territorial nacional.

3.1 O direito Internacional dos Refugiados e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

Compreende-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos pode ser interpretado como:

Define as responsabilidades legais dos Estados em sua conduta uns com os outros, e o tratamento dos indivíduos dentro das fronteiras do Estado. Seu domínio abrange uma ampla gama de questões de interesse internacional como os direitos humanos, o desarmamento, a criminalidade internacional, os refugiados, a migração, problemas de nacionalidade, o tratamento dos prisioneiros, o uso da força e a conduta de guerra, entre outros.¹³

Em relação a proteção de direitos humanos das pessoas migrantes, verifica-se que a garantia normativa de direitos dos solicitantes de refúgio e de refugiados reivindicam efetividade plena, visto que os direitos são encontrados sob vulnerabilidade extrema correspondente as sérias ameaças e graves violações sofridas. Partindo-se da premissa de que os migrantes necessitam de algo que os ofereça amparo no que diz respeito ao direito como cidadão, houve o reconhecimento do Documento Internacional dos Refugiados a partir da Convenção de 1951. Entende-se que esse Direito Internacional tem a função de tratar situações concernentes ao refúgio e a recepção dos migrantes em outro país para que a pessoa que se deslocou se sinta parte da sociedade do país para onde migra, sem o perigo de sofrer preconceitos e ataques de xenofobia.

12 BRASIL. Estatuto dos Apátridas. **Lei n. 4246 de 22 de maio de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

13 ONU. **A ONU e o Direito Internacional**. 2019, s/p. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

O atual quadro revelado no âmbito internacional evidencia de maneira cada vez mais clara que o Direito Internacional dos Refugiados não pode ser analisado em separado do Direito Internacional dos Direitos Humanos, estando estes dois ramos do direito intrínsecamente relacionados. Destarte, a comunidade internacional como um todo deve conduzir os principais envolvidos no caso de refúgio para que esse grupo de indivíduos não fique desprotegido. No ordenamento jurídico pátrio, o artigo 7º, §1º da Lei n. 9.474/97 trata acerca da proteção desses estrangeiros:

Art. 7º O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

§ 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.¹⁴

É especificado que não será possível que o indivíduo sofra deportação, todavia esse entendimento é estendido as demais formas de retirada involuntária do refugiado do território nacional, como a expulsão e a extradição. Nesse tocante, é preciso ressaltar que a lei brasileira descreve hipóteses em que o refugiado poderá ser expulso do país. Essas hipóteses estão dispostas no artigo 36 da mesma lei: “Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública¹⁵”.

Contudo, o próximo artigo da Lei n. 9.474/97 demonstra que o refugiado não poderá ser enviado de volta para sua terra natal, onde se viu na iminência de sofrer perseguição ou violação aos seus direitos, mesmo diante das hipóteses referidas no artigo 36. Em relação a isso, a seguinte redação está prevista no artigo 37 da Lei n. 9.474/97:

Art. 37. A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.¹⁶

Tais razões são os motivos em que devem ser analisados os requisitos legais para o procedimento de expulsão, ou seja, dependerá de investigação sumária ou procedimento específico precedido de inquérito policial, competindo exclusivamente ao Presidente da República a sua decretação oficial, especificando este decreto de maneira objetiva e concreta a constatação de uma das hipóteses do artigo 36, não havendo qualquer margem para discricionariedade.

Segundo dados do Comitê Nacional para os Refugiados, o Brasil reconheceu um total de 10.145 refugiados de diversas nacionalidades até o final de 2017. Perante esse número, apenas 5.134 continuam com registro ativo no país, sendo que 52% moram em São Paulo, 17% no Rio de

14 BRASIL. Estatuto do Refugiado. **Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997**. 176º da Independência e 109º da República Brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

15 Ibidem. s/p.

16 Idem.

Janeiro e 8% no Paraná. Os sírios representam 35% da população refugiada com registro ativo no Brasil.¹⁷

Desconsiderando a chegada dos venezuelanos e dos haitianos, o ano de 2017 foi o maior em números de pedidos de refúgio. Nos últimos anos foi possível constatar um crescente e alto número de pedidos de refúgio, sendo 13.639 pedidos no ano de 2018, 6.287 pedidos no ano de 2016, 13.383 pedidos no ano de 2015. Mais da metade dos pedidos realizados são representados pelos venezuelanos, totalizando 17.865 solicitações, conforme dados da Polícia Federal.¹⁸

Apesar do que está demonstrado, o Brasil é considerado um dos países menos receptivos de refugiados do mundo. Informações da ONU apontaram que em 2016 o Brasil se encontrava na 137ª posição de 197 nações avaliadas, sendo, portanto, um dos países menos solidários com a crise migratória mundial.¹⁹ Foram considerados dados como extensão territorial, indicadores econômicos e capacidade de acolhimento de acordo com a população.

3.2 A Morosidade do Processo de Refúgio

Embora órgãos como o ACNUR sejam de suma importância, as Cáritas²⁰ e o CONARE, também dão grande assistência a organização interna dos refugiados. O CONARE é um órgão vinculado ao Ministério da Justiça que tem como principal objetivo a avaliação e decisão, em primeira instância, dos pedidos de refúgio. Ademais, tem a função de decidir sobre a cessação ou a perda da condição de refugiado, bem como a implementação de políticas públicas e regulamentações sobre o procedimento de refúgio²¹.

Em relação ao procedimento a solicitação de refúgio é feita com a simples comunicação informal a alguma autoridade migratória, sendo que a partir desse momento já está assegurada a entrada do indivíduo no território nacional, independentemente de sua regularidade. Normalmente, essa situação é executada pela Polícia Federal Brasileira através do termo de declaração, o qual se enquadra como comprovante documental ao solicitante, até que o protocolo provisório seja expedido. Na maioria dos casos, após isso, o indivíduo é encaminhado ao órgão de apoio, comumente é a Cáritas, onde as informações e documentações necessárias são reunidas para então dar continuidade ao processo.

17 ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

18 Ibidem. s/p.

19 BRASIL. **Curso de direitos humanos**. 2. Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. SENADO FEDERAL. Brasil é um dos países menos receptivos a refugiados, diz ONU. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/523569>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

20 Nacionalmente, a Cáritas é um organismo da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). É uma rede solidária de agentes voluntários que atua na assistência, proteção e inserção de indivíduos desamparados.

21 CONARE. **Resolução Normativa nº 18**, 2014, s/p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/refugio/anexos/resolucao-18-dou-pdf.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

Tal ocorrência confere aos refugiados os mesmos direitos e condições que um estrangeiro regular possui e ainda autoriza a permanência destes em território nacional até a decisão final do processo, além de possibilitar que o Ministério do Trabalho expeça a provisória carteira de trabalho e previdência social (CTPS), do mesmo modo que o registro no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda (CPF/MF). O procedimento também é feito com base na Lei n. 9.474/97, tendo em vista que os refugiados que são reconhecidos poderão ter o arquivamento de qualquer processo criminal ou administrativo pela entrada irregular no país, bem como a oportunidade de aquisição do Registro Nacional de Estrangeiro (RNE) e da Cédula de Identidade de Estrangeiro (CIE).²²

Por outro lado, o não reconhecimento da condição de refugiado também faz com que o indivíduo fique sujeito à legislação aplicável aos estrangeiros e como a maioria das pessoas que estão nessa situação ingressam irregularmente no território nacional, estas serão notificadas para deixar o país por meio do processo de deportação, salvo se as atuais condições violem ou ameacem a integridade daquela determinada pessoa. Entretanto, há morosidade na conquista da resposta final, gerando perturbação e severa insegurança, além do descaso aos direitos fundamentais. O esforço das ordenações de procurar solucionar a situação é despercebido, o que ocorreu, na verdade, foi a simples criação de uma nova categoria jurídico-social denominada como “solicitante de refúgio”, de modo que se apresenta em uma lacuna intermediária com uma enorme instabilidade jurídica e social.

Apesar de ser referente à conjuntura francesa, Spyros Franguidakis ilustra algumas constatações que se encaixam perfeitamente ao contexto brasileiro, verifica-se que:

Ocorreu nesse contexto a criação, na primeira metade dos anos 1990, da nova categoria jurídica, a do solicitante de asilo (a quem vai-se atribuir direitos limitados) de acolhimento de tipo humanitário e de maneira temporária, pois ele não tem vocação para permanecer como solicitante; ou ele obtém o status de refugiado e é considerado como sempre tendo sido (caráter reconhecível do status, e aqui resgata-se a expressão jurídica) beneficiado de direitos que, essencialmente, o assimilam ao quase-nacional, ou então ele é destituído de sua solicitação e deve deixar o território (pois tornou-se um estrangeiro em situação irregular.) Há mais de vinte anos, os Estados se esforçam em não fazer do status de solicitante dito “muito generoso” um fator de atração para outros solicitantes de asilo ou, de maneira geral, para o conjunto de migrantes. Assim, eles esperam, de maneira bastante vã, que diante de condição a mais rigorosa e a mais precária possível, os solicitantes irão procurar “alhures”... A constatação é que na França o percurso administrativo dos solicitantes de asilo indique, como escreve um artigo no jornal *Le Monde*, uma verdadeira “política de desencorajamento aos solicitantes de asilo”.²³

Dessa forma, o solicitante de refúgio se encontra em um limbo jurídico e social, o qual não

22 RIBEIRO, Daniela Menengoti; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. **A morosidade do processo de refúgio como entrave à efetiva proteção da dignidade e personalidade dos refugiados**. Editora Gedai, 2018, p. 329-333.

23 FRANGUIADAKI, Spyros. A pragmática do asilo: política de acolhimento e os limites do espaço público. In: GEDIEL, José Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e hospitalidade**. Editora Kairós, 2016, p. 198-199.

é verdadeiramente reconhecido no país de destino, tampouco é possível ser considerado como residente permanente naquele determinado local.

3.3 Análise dos Direitos Políticos dos Migrantes e Refugiados

O processo de normalização da permanência no Brasil e a normalização dos documentos é o primeiro caminho que o migrante deve seguir para gozar de todos os seus direitos como cidadão brasileiro. São garantidos pela Constituição Federal diversos direitos concernentes, tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros, como as liberdades de crença, consciência e direitos culturais. Todavia, as liberdades políticas ainda são limitadas para migrantes e refugiados não naturalizados, restringindo, assim, a abrangência dos direitos fundamentais.

Segundo Kelsen, os direitos políticos podem ser definidos com a participação na produção da ordem jurídica; este afirma ainda que:

Os chamados direitos políticos encontram-se entre os direitos que a ordem jurídica costuma reservar aos cidadãos. Eles são comumente definidos como os direitos que dão ao seu possuidor um poder de influência na formação da vontade do Estado. O principal direito político é o direito de votar, isto é, o direito de participar na eleição dos membros do corpo legislativo e de outros funcionários de Estado, tais como chefe de Estado e juízes.²⁴

É notório que a liberdade de agir como cidadão tem sua importância reconhecida da qual as opiniões são consideradas. Assim como o direito ao voto e a seleção participativa de legisladores e executivos, sendo decisivos para o processo de desenvolvimento do indivíduo. A Constituição Federal de 1988 versa sobre os Direitos Políticos em seu Capítulo IV:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.

§ 1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

§ 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

§ 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I - a nacionalidade brasileira;

II - o pleno exercício dos direitos políticos;

III - o alistamento eleitoral;

IV - o domicílio eleitoral na circunscrição;

V - a filiação partidária.²⁵

Há uma evidente divergência entre o disposto no artigo 5º, o qual concede uma aparente

24 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 97.

25 BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

igualdade entre nacionais e estrangeiros, e no artigo 14 supracitado, que impõe uma condição para o alistamento eleitoral e para elegibilidade a nacionalidade brasileira. Ainda na Constituição em seu Capítulo III pode-se destacar que existe a possibilidade de naturalização do estrangeiro, no entanto com algumas ressalvas, de acordo com o artigo 12:

§ 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

§ 3º São privativos de brasileiro nato os cargos:

I - de Presidente e Vice-Presidente da República;

II - de Presidente da Câmara dos Deputados;

III - de Presidente do Senado Federal;

IV - de Ministro do Supremo Tribunal Federal;

V - da carreira diplomática;

VI - de oficial das Forças Armadas.

VII - de Ministro de Estado da Defesa.²⁶

São observadas possíveis incoerências em relação aos direitos políticos e fundamentais entre brasileiros e estrangeiros, além de se notar a falta de referência a pessoa refugiada. A privação de elegibilidade em face do refugiado gera restrição de liberdade, visto que a pessoa que se desloca até o território brasileiro em busca de um recomeço não tem condições de realmente ter igualdade entre aqueles que nasceram no Brasil. Portanto, questiona-se se o Poder Executivo efetivamente se preocupa com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para migrantes e refugiados e se há efetiva representatividade no legislativo para votações sobre matérias sociais inclinadas a migrantes e refugiados.

4 OS DIREITOS DOS REFUGIADOS NO BRASIL

A princípio o refúgio era analisado como uma condição temporária, na qual as pessoas permaneciam acolhidas por outros países até o momento em que poderiam retornar ao país de origem. No entanto, os últimos anos têm demonstrado que os indivíduos não têm condições de voltarem para o país em que viviam, tornando esta situação permanente, visto que não cabe ao país atual informar a ocasião em que uma pessoa refugiada deverá retornar ao país de nascimento.

É notório que o Brasil abriga um número considerável de refugiados fazendo com que seja fundamental o acolhimento destes indivíduos para que, tanto os agentes públicos quanto as empresas e organizações de terceiro setor, reconheçam e respeitem seus direitos. Além disso, a própria pessoa refugiada deve estar ciente de seus direitos para não cometer nenhum tipo de violação por falta de conhecimento dos direitos assegurados. Contudo, isso requer um espaço democrático para que seus costumes e culturas sejam defendidos, de modo que o prejulgamento feito pelas pessoas que já estão inseridas no local não seja uma solução adequada devido à situação em que os refugiados viveram em seu próprio lar. Desse modo, faz-se necessário que os direitos

²⁶ Ibidem. s/p.

econômicos, sociais e culturais dessas pessoas sejam analisados, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

4.1 Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dos Refugiados

É relevante abordar a necessidade da definição, primeiramente, de quais direitos estão inseridos no rol dos direitos econômicos do refugiado, visto que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não tem uma definição a respeito disto. Assim, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁷ conceitua no artigo 1º que:

Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência.²⁸

A provisão de sustento está intrinsecamente ligada ao direito relacionado ao trabalho. É assegurado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos a liberdade de escolha de emprego mediante condições justas, favoráveis e igualitárias para que a compreensão de remuneração seja exatamente igual em relação à forma de trabalho exercida por cada indivíduo, fazendo com que seja vedada qualquer maneira de discriminação.²⁹

O Estatuto do Refugiado estabelece que a pessoa reconhecida como refugiada terá os mesmos direitos que um estrangeiro possui no Brasil. O artigo 5º deste estatuto determina que:

Art. 5º O refugiado gozará de direitos e estará sujeito aos deveres dos estrangeiros no Brasil, ao disposto nesta Lei, na Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e no Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967, cabendo-lhe a obrigação de acatar as leis, regulamentos e providências destinados à manutenção da ordem pública.³⁰

Ademais, é possível analisar a proteção aos bens que os migrantes trouxeram de seus países de origem. Está previsto no artigo 30, §1º, da Convenção de 1951 que “cada Estado Contratante permitirá aos refugiados, conforme as leis e regulamentos do seu país, transferir bens que trouxeram para seu território, para o território de outro país no qual foram admitidos a fim de nele se reinstalarem”.³¹

27 Assembleia Geral da ONU gerou, em 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) através de uma relação feita entre os direitos erigidos mais recentemente aos textos constitucionais decunho social, o qual cria obrigações para os Estados, de realização progressiva, cuja pauta estaria condicionada aos recursos disponíveis.

28 BRASIL. **Decreto n.º 591 de 6 de julho de 1992**. Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019.

29 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

30 BRASIL. Estatuto do Refugiado. **Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997**. 176º da Independência e 109º da República Brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em 13 mai. 2019.

31 ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado**. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados>

No que tange a efetivação dos direitos sociais como alicerce da dignidade humana, alguns direitos sociais podem ser assegurados aos migrantes forçados como o direito ao trabalho, direito à saúde, direito à alimentação, direito ao vestuário, direito à habitação, direito à previdência social e o direito à educação. Todos esses direitos foram apresentados a partir de uma análise feita entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Convenção de 51 e a Lei de Migração.

Importante destacar que em relação ao direito à saúde, o acesso aos medicamentos para refugiados é obtido com recursos do ACNUR e viabilizado pela Cáritas após ser feita uma avaliação individual de cada solicitante de refúgio ou refugiado. Contudo, no que se refere a proteção dos direitos culturais da pessoa refugiada, Nohara e Azevedo afirmam que “a cultura é pré-requisito para a existência da humanidade”. Declaram ainda que seu conceito é amplo e complexo e que cultura não aborda somente o conjunto de costumes de um povo ou suas manifestações e expressões populares, mas sim trata-se da maneira em que uma sociedade se organiza.³²

A Declaração Universal dos Direitos Humanos descreve no artigo 27 que “todo ser humano tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do processo científico e de seus benefícios”³³. Esta declaração possibilita aos refugiados o respeito e preservação da cultura relacionada ao seu local de origem. Em contrapartida também é pertinente a integração cultural da pessoa refugiada na cultura brasileira aprendendo o idioma, fatores históricos, festas tradicionais e o modo de viver entre os familiares.

4.2 Refugiados e Seguridade Social

De acordo com o artigo 194 da Constituição Federal Brasileira, seguridade social é um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”³⁴. Este direito é legítimo a todas as pessoas, conforme descrito no artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Art. 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.³⁵

Entre os tripés da seguridade social, a previdência é o único que exige uma contribuição

.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019.

32 NOHARA, Irene Patrícia; FIREMAN, Ana Luiza Azevedo. **Desenvolvimento pelo incentivo à cultura: papel da arte e vicissitudes da utilização da Lei Rouanet**. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, p. 198-220. 2016.

33 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

34 BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019.

35 ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

financeira do indivíduo para que ele possa usufruir os benefícios disponibilizados pelo programa. A Convenção de 1951 atribui aos refugiados a mesma abordagem dada aos nacionais, com exceção aos direitos adquiridos no Estado de origem ou que ainda estejam em curso de aquisição.³⁶ O acesso ao sistema previdenciário presume a integração do refugiado no mercado de trabalho formal. Dependendo da condição econômica e política do país este acesso percorre por períodos de oscilação em relação a oferta de trabalho. Outrossim, há o agravante da barreira idiomática e da xenofobia para com os refugiados, fazendo com que o acesso seja mais lento e dificultado.

No entanto, em relação à assistência social, trata-se de um direito garantido ao refugiado no Brasil uma vez que o indivíduo que se enquadra neste *status* necessita de apoio e assistência. É possível que esse direito possa ser garantido através de programas nacionais já existentes, como o Benefício de Prestação Continuada (BPC), Minha Casa Minha Vida, e o Cadastro Único do Governo Federal que abrange benefícios como a Tarifa Social da Energia Elétrica, Bolsa Família, entre outros³⁷. Além de o auxílio realizado por organizações assistenciais como a Cáritas Arquidiocesana, inclusive em parceria com o ACNUR.

Constata-se, assim, que a assistência social é um direito de suma importância aos refugiados, visto que estes estão em estado de vulnerabilidade, inclusive necessitando de auxílio básico para sobreviver no Brasil. Portanto, deve-se superar a mera rentabilidade econômica, preservando assim, efetivamente a dignidade humana esculpida na Constituição Federal.

4.3 O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio

É notório que o número de solicitantes de refúgio e de refugiados cresceu demasiadamente nos últimos anos. Isto posto, é preciso analisar a adaptação dessas pessoas e os mecanismos que os próprios nacionais podem estabelecer. O acolhimento ou assistência atuam diretamente nos suprimentos das primeiras necessidades básicas dos migrantes forçados, com auxílio na alimentação, moradia, saúde e vestimentas.

As doações que foram feitas e o encaminhamento para atendimento à saúde acontecem em parceria com os setores público e privado.³⁸ Neste tocante, é realizado um trabalho de conscientização em comunidades, empresas e escolas, as mídias sociais também têm ajudado nesse quesito. Já o ACNUR, ONG's estrangeiras e doações privadas auxiliam na área de financiamento e

36 ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado**. 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019.

37 SCHERER, Carolina. **O direito de adesão aos programas sociais do Governo Federal por parte dos refugiados residentes no Brasil**. São Paulo. 2007.

38 GETIRANA, Larissa Moura; Lima, Fernanda da Silva. **O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio**. Curitiba, 2018, p. 423

de atendimento às necessidades básicas.

Os refugiados passam por diversos obstáculos durante a tentativa de integração como afirmam Getirana e Lima:

Os principais obstáculos na integração do refugiado ao mercado de trabalho são a falta de informação quanto à condição de refugiado, e o desconhecimento das potencialidades ao contratar essas pessoas como riqueza cultural, novas formas de visão empreendedora e diversidade de línguas. Outro fator agravante é o protocolo de solicitação de refúgio, que é, basicamente, um pedaço de papel e, por essa razão, é considerado como uma documentação frágil por muitos empregadores. A validade de apenas 1 ano do protocolo e da carteira de trabalho (renováveis por igual período) também podem resultar em um regime de trabalho precário. Os relatos dos estrangeiros revelam diferenças de tratamento em virtude de sua condição migratória.³⁹

Há um grande trabalho promovido entre as entidades da sociedade civil para a melhoria no atendimento dos solicitantes de refúgio e refugiados em todo o Brasil. O Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH) coordena uma rede que engloba cerca de 60 entidades da sociedade civil com o objetivo de discutir sobre o refúgio no país. O IMDH faz um encontro anual para que as ONG's se reúnam e debatam sobre a área de migrações e refúgio ou serviços relacionados⁴⁰.

Durante muitos anos, uma das demandas foi a imprescindibilidade de uma nova lei de imigração que fosse de acordo com a Constituição Federal, deixando para o passado os resquícios da ditadura militar e o pensamento da pessoa estrangeira como inimiga. Depois de muito tempo de militância foi sancionada a nova lei de imigração, a Lei n.º 13.445/2017, a qual serve de um exemplo memorável da interferência de ONG's na formação de leis e políticas que positivem o princípio da dignidade humana.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refugiados são pessoas que sofrem risco de vida em vista de perseguições decorrentes de conflitos religiosos, políticos e culturais, dentre outras motivações, sujeitando essas pessoas a uma condição de extrema vulnerabilidade, obrigando-as a deixar seus países de origem e buscar segurança pessoal em outro local. Cresceu de maneira notória o número de pedidos de refúgio no Brasil, o qual é reconhecido por ter as mais importantes regras de direito internacional protetivas dos Direitos Humanos e de proteção à dignidade humana das pessoas que buscam por refúgio.

Há, no entanto, outras dificuldades impostas aos refugiados, inclusive antes de obter o seu reconhecimento formal como tal. A morosidade do processo de refúgio é estabelecida como entrave à efetiva proteção da dignidade e personalidade dos refugiados. A migração sempre existiu, a diferença está no volume desses deslocamentos e nas crises humanitárias que os tem provocado. Em

39 Ibidem. p. 425.

40 IMDH. **Instituto de Migrações e Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/>>. Acesso em: 14 mai. 2019.

termos legais, mesmo existindo uma legislação considerada modelo para os demais países, a lei 9.474/97 também tem limitações em sua aplicação, uma vez que o conceito entendido como refugiado é baseado na grave e generalizada violação aos direitos humanos, ou seja, não é considerada no momento da concessão.

O reconhecimento de *status* do refugiado, mencionado no primeiro capítulo, é feito a partir da condição em que aquela pessoa se encontra. Dado que esta é uma das situações mais precárias que um indivíduo pode se sujeitar, tendo em vista à vulnerabilidade e a dependência do outro para satisfazer suas necessidades mínimas como alimentação e moradia. Embora o ACNUR tenha liberdade de ação para auxiliar os refugiados nessa condição, é preciso que seja revisto o seu papel e sua forma de atuação para torná-la efetiva, enfrentando dificuldades para o propósito real que é a questão humanitária sempre respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dentre as inconsistências do sistema interno, destaca-se no segundo capítulo a grande morosidade na análise do mérito e prolação das decisões e atos concernentes ao processo de suscitação de refúgio, a qual traz como consequência dificuldades como a consolidação da personalidade dos solicitantes além de uma instabilidade geradora de grande insegurança jurídica e social. No entanto, não se pode aceitar que a ineficiência dos órgãos e procedimentos estatais continue causando danos e surtindo obstáculos que são impostos a estes indivíduos a partir do momento em que ingressam no país.

No que diz respeito ao exercício dos direitos políticos, não há efetiva representatividade de migrantes e refugiados nos três poderes que constituem o Estado brasileiro. Também não é possível afirmar que o Poder Judiciário seja efetivamente imparcial quando as partes são migrantes e refugiados, bem como a preocupação com o desenvolvimento de políticas públicas voltadas a esses indivíduos. Além disso, não se pode constatar que haja efetiva representatividade no legislativo para votações de questões sociais referentes a essa situação. Deste modo, é necessário que haja uma forma mais coerente de admitir uma pessoa refugiada ao sistema político brasileiro. Como indicado no terceiro capítulo, apesar do avanço jurisprudencial em relação à proteção de seguridade social para refugiados no Brasil, há ainda longo caminho a percorrer. Espera-se que a legislação pátria seja norte para a integração local mais rápida e, sobretudo, efetiva para o restabelecimento da dignidade dos refugiados.

Neste contexto de incertezas, fechamento de fronteiras, aumento do número de conflitos e, conseqüentemente, aumento do fluxo de deslocamento no mundo e no Brasil, cumpre ressaltar o longo caminho traçado para a consolidação dos direitos humanos a nível internacional e a importância de não retroceder. Identifica-se, portanto, a necessidade de revisão das estruturas normativas e institucionais sobre as quais se apoia a proteção internacional, assim como aprimorar

suas políticas públicas e oferecer políticas de educação à população brasileira. Visto que, os refugiados reconhecidos pelo Estado encontram entraves na efetivação de direitos, tendo muitas vezes que valer-se do judiciário para conseguir usufruir de algum benefício. Por mais utópico ou incômodo que essas soluções possam parecer na atualidade, demonstram ser as concepções compatíveis e indispensáveis à formação de uma civilização mundial humanista.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados sobre refúgio no Brasil**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

ACNUR. **Estatuto do ACNUR**. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR.pdf?file=fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Estatuto_ACNUR>. Acesso em: 22 fev. 2019.

ANNONI, Danielle. **Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Editora Gedai, 2018.

BRASIL. **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2019.

BRASIL. **Curso de direitos humanos**. 2. Ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. SENADO FEDERAL. Brasil é um dos países menos receptivos a refugiados, diz ONU. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/523569>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

BRASIL. **Decreto n.º 591 de 6 de julho de 1992**. Promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. Estatuto do Refugiado. **Lei n. 9474 de 22 de julho de 1997**. 176º da Independência e 109º da República Brasileira. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm>. Acesso em: 22 fev. 2019.

BRASIL. Estatuto dos Apátridas. **Lei n. 4246 de 22 de maio de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm>. Acesso em: 23 mar. 2019.

CÁRITAS. **Centro de Acolhida a Refugiados**. s/d. Disponível em: <<http://caritas.org.br/programas-caritas/refugiados>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CONARE. **Resolução Normativa nº 18**, 2014, s/p. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/refugio/anexos/resolucao-18-dou-pdf.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2019.

EDWARDS, Michael. *The Oxford Handbook of Civil Society*. Editora: Oxford University Press, 2011.

- FARENA, Maritza Natalia Ferretti Cisneros. **Direitos humanos dos migrantes: ordem jurídica internacional e brasileira.** Curitiba: Juruá, 2012.
- FRANGUIADAKI, Spyros. A pragmática do asilo: política de acolhimento e os limites do espaço público. In: GEDIEL, José Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e hospitalidade.** Editora Kairós, 2016, p. 198-199.
- GEDIEL, J. A. P.; GODOY, G. G. **Refúgio e hospitalidade.** Kairós. 2016, p.119-138.
- GETIRANA, Larissa Moura; Lima, Fernanda da Silva. **O papel da sociedade civil no acolhimento e integração dos solicitantes de refúgio.** Curitiba, 2018, p. 425.
- HATHAWAY, James C.; FOSTER, Michelle. *The law of refugee status.* 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press. 2014.
- IMDH. **Instituto de Migrações e Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://www.migrante.org.br/>>. Acesso em: 14 mai. 2019.
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.** São Paulo: Método, 2007, p. 86.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Coimbra: Arménio Amado, 1979, p. 97.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social.** 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NOHARA, Irene Patrícia; FIREMAN, Ana Luiza Azevedo. **Desenvolvimento pelo incentivo à cultura: papel da arte e vicissitudes da utilização da Lei Rouanet.** Revista de Direito Econômico e Socioambiental. Curitiba: p. 198-220. 2016.
- ONU. **A ONU e o Direito Internacional.** 2019, s/p. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- ONU. **Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado.** 1951. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2019.
- ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2019.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL PARA AS MIGRAÇÕES. **Política de refúgio no Brasil consolidada.** Brasília. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME_2.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2019.
- PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima. **Direitos Humanos e Hospitalidade.** A proteção internacional para apátridas e refugiados. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2014.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 15a. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RIBEIRO, Daniela Menengoti; SILVA, Rodrigo Ichikawa Claro. **A morosidade do processo de**

refúgio como entrave à efetiva proteção da dignidade e personalidade dos refugiados. Editora Gedai, 2018, p. 329-333.

SCHERER, Carolina. **O direito de adesão aos programas sociais do Governo Federal por parte dos refugiados residentes no Brasil.** São Paulo. 2007.

SHELTON, Diana (Ed). *The Oxford Handbook of International Human Rights Law.* Oxford University Press: 2013

SILVA, Frederico Costa e. **A evolução normativa do direito internacional dos refugiados e a sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.** 2017, s/p. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/57777/a-evolucao-normativa-internacional-dos-refugiados-e-sua-influencia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 23 mar. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WELLE, Deutsche. **O que muda com a nova Lei de Migração?** Revista Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-que-muda-com-a-nova-lei-de-migracao>>. Acesso em: 01 mai. 2019.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade:** aspectos essenciais. São Paulo: Saraiva, 2011.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O ORDENAMENTO PROTETIVO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

Julia Thais de Assis MORAES¹
Viviane RIGOLDI²

RESUMO

Este trabalho tem como objetivo específico analisar a existência de normas protetivas acerca dos conhecimentos tradicionais, por meio da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), que inaugurou a proteção normativa a esses conhecimentos no cenário internacional. O aporte fundamental da pesquisa é dado pela Constituição Federal de 1988, visto que essa instituiu a constitucionalização dos direitos indígenas, proporcionando a defesa da identidade indígena física imaterial dos indígenas, que engloba os saberes tradicionais. Nesse sentido a referida convenção se consolida por meio de normas internacionais, que influenciam o ordenamento pátrio, devido ao compromisso do Estado Democrático de Direito estabelecido no preâmbulo constitucional com a ordem externa, bem como a observância dos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil que compõem de cunho jurídico, moral e ético, que tutelam as práticas científicas e tecnológicas que se apropriam, ou venham se apropriar desses saberes tradicionais. Dessa forma, objetiva-se demonstrar como a referida convenção, junto os direitos indígenas constitucionais possibilitaram o surgimento de uma vasta legislação infraconstitucional visando a proteção dos saberes tradicionais. Empregou-se o método o hipotético-dedutivo, e a pesquisa bibliográfica e qualitativa como procedimentos metodológicos.

PALAVRAS-CHAVES: Indígenas, saberes tradicionais; Constituição de 1988; Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB).

ABSTRACT

This work has the specific objective of analyzing the existence of protective norms about traditional knowledge, through the Convention on Biological Diversity (CBD), which inaugurated the normative protection of this knowledge in the international scenario. The fundamental contribution of the research is given by the Federal Constitution of 1988, since it instituted the constitutionalisation of indigenous rights, providing for the defense of the indigenous immaterial physical identity of the natives, which encompasses traditional knowledge. In this sense, the aforementioned convention is consolidated through international norms that influence the national order, due to the commitment of the Democratic State of Law established in the constitutional preamble to the external order, as well as compliance with the international treaties ratified by the Federative Republic of Brazil are legal, moral and ethical, which protect the scientific and technological practices that appropriate or may appropriate these traditional knowledge. Thus, it aims to demonstrate how the aforementioned convention, together with indigenous constitutional rights, enabled the emergence of a vast infraconstitutional legislation aimed at protecting traditional knowledge. The hypothetical-deductive method was used, and the bibliographic and qualitative research as methodological procedures.

1 Julia Thais de Assis Moraes, Mestranda em Direito no Centro Universitário Eurípides de Marília -UNIVEM – Bolsista CAPES /PROSUP, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS/CPTL, E-mail: juliamoraes094@outlook.com.

2 Doutora em Direito área de concentração Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela Instituição Toledo de Ensino- ITE (2017). Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM (2009). Mestre em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho-UNESP (2002). Especialista em Direito Processual Civil pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1999). Graduada em Direito (1994), e-mail : rigoldi@univem.edu.br .

KEYWORDS: Indigenous, traditional knowledge; Constitution of 1988; Convention on Biological Diversity (CBD).

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 é considerada um marco na proteção dos direitos indígenas, inaugurando o paradigma da constitucionalização dos direitos tradicionais (BARBIERI, 2008, p.69). O texto constitucional dedicou exclusivamente o Capítulo VIII para a proteção da identidade indígena, envolvendo direitos materiais, como as terras originárias, e direitos imateriais como a cultura.

Nesse sentido, é possível trabalhar a proteção dos saberes tradicionais ou indígenas, visto que somente a partir de 1988 que há o reconhecimento da identidade indígena como elemento indissociável da personalidade indígena. A proteção sobre recursos genéticos e direitos do conhecimento tradicionais se institucionalizou na Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992 (LOPES, 2007, p. 269)

Os trabalhos desenvolvidos na conferência, resultaram na assinatura da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Segundo, Martinez Alier (2002), as discussões incorporaram uma mudança jurídica em relação a soberania dos recursos biológicos pelos detentores desses recursos, valorizando o papel das populações tradicionais na conservação da biodiversidade ambiental.

A Convenção da Diversidade Biológica preza pela conservação da diversidade biológica, no uso sustentável da biodiversidade, destacando a repartição justa e equitativa dos benefícios provenientes da utilização dos recursos genéticos (DIEGUES; ARRUDA, 2001, p.1) A CDB insere os valores ecológicos, sociais, econômicos e culturais na conservação da biodiversidade. E para tornar essa proteção um imperativo normativo, 188 membros da Conferência, dentre eles o Brasil se comprometeram a adotar medidas que efetivassem as propostas convencionadas.

A Constituição de 1988 possibilita a existência e o reconhecimento da identidade indígena, e a CDB assegura especificamente a preservação da diversidade biológica tradicional. A conservação biológica indígena, se dá por normas jurídicas que assegurem práticas científicas justas, que possibilite o retorno dos benefícios econômicos advindos dos conhecimentos tradicionais, e também a preservação dos mesmos. Assim, estabelece como objetivo geral analisar como o ordenamento constitucional possibilita a proteção aos conhecimentos tradicionais. E como objetivo específico analisa-se a importância da Convenção da Diversidade Biológica (CDB) na esfera internacional, e seus efeitos internos no ordenamento pátrio assegura a proteção aos conhecimentos tradicionais?

A pesquisa se desenvolveu a partir do método hipotético dedutivo para examinar a importância protetiva da Convenção da Diversidade Biológica na proteção dos saberes tradicionais, em relação aos saberes tradicionais? Quanto aos procedimentos metodológicos empregou-se a pesquisa bibliográfica e qualitativa.

1. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O RECONHECIMENTO INDÍGENA

A Constituição Federal de 1988 inaugurou o paradigma da constitucionalização dos direitos indígenas, que consiste em afirmar direito as especificidades tradicionais (BARBIERI, 2008, p.69). O reconhecimento a alteridade indígena, proporciona a proteção constitucional a direitos materiais como a as terras originárias, e também a direitos imateriais como a cultura indígena. Dessa forma, passa a assegurar todos os direitos que integram a identidade indígena.

O texto de 1988 configura uma era constitucional que tenta amenizar desvantagens historicamente acumuladas pelos indígenas (SANTILLI, 2000, p.90). As vantagens trazidas passam a ser representadas por mecanismos oficiais os quais proporcionam o direito de serem indígenas, assegurando instrumentos normativos para preservarem sua identidade somática, linguística e cultural. Visto que a identidade somática, linguística, passam a integrar a dignidade humana as comunidades indígenas.

O reconhecimento constitucional da indígena, torna-se consoante a dignidade da pessoa humana, posta como um direito fundamental e princípio esculpida no artigo 1º, III da CF/88. A dignidade da pessoa humana, passa a ser possível de efetividade no plano social, à medida que é garantido o respeito à dignidade ao indivíduo enquanto componente de um grupo cultural específico e mais, garantindo-se também a dignidade a essa coletividade (FEIJÓ, 2014, p.2)

O respeito à identidade cultural e aos conhecimentos das comunidades tradicionais implicam na realização da dignidade da pessoa humana na esfera dessas comunidades. Dessa forma, a proteção às comunidades tradicionais consolida-se na garantia à dignidade dos indivíduos pertencentes a tais comunidades.

Nesse aspecto os saberes tradicionais tornam-se elementos que devem ser resguardados juridicamente, pois se relacionam diretamente com a identidade indígena (SANTILLI, 2007, p. 129). A proteção jurídica que veem também amenizar interesses globais das culturas dominantes em se apropriarem dos benefícios econômicos potenciais que estes possuem.

2. A INCORPORAÇÃO DE DOCUMENTOS INTERNACIONAIS PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Constituição 1988 se fundou sob um Estado Democrático de Direito que estabelece a

observância das normas internacionais. Nesse sentido, o texto constitucional se inicia com o preâmbulo afirmando a harmonia da ordem interna com o ordenamento internacional (PIOVESAN, 2018, p. 95). Destacando que essa harmonia reflete na instituição de normas de garantias e direitos fundamentais para todos cidadãos sem qualquer discriminação.

Os direitos e garantias fundamentais passam a resguardar setores sociais historicamente vulneráveis como os indígenas. Visto que antes da Constituição Federal de 1988 os índios eram tutelados pelo paradigma assimilacionista ou integracionista que não reconheciam seus usos, costumes e tradições como elementos inerentes a sua dignidade humana (BARBIERI, 2008, p.100). Sendo que a identidade étnica era projetada para desaparecer gradualmente do cenário brasileiro, através de políticas normativas de aculturação.

O texto de 1988 a partir de seu estigma “ cidadão “ consolidou as liberdades fundamentais e instituições democráticas, que foram inserindo cada vez mais a perspectiva dos direitos humanos. Assim, o artigo 4º, II, normatizou a prevalência dos direitos humanos nas relações jurídicas brasileiras (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL).

E o artigo 5º § 2º, também reafirmou essa perspectiva, prevendo que os direitos e garantias expressos nesta Constituição de 1988 não excluam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL). Com isso, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos indígenas puderam ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio.

O rol de tratados internacionais de direitos humanos que foram inseridos no ordenamento jurídico brasileiro acerca dos indígenas teve como marco a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Assim, a referida convenção proporcionou que outras atinentes a direitos indígenas fossem inseridas no ordenamento jurídico brasileiro com a Convenção Sobre a Diversidade Biológica, que será especificamente analisada na presente pesquisa.

A abertura da ordem constitucional a esfera internacional possibilitou que documentos externos, como a Convenção da Diversidade Biológica (CDB) assegurasse uma maior proteção a identidade indígena, visto que detém normas específicas aos saberes tradicionais indígenas (SANTILLI, 2004, p. 347). Nesse aspecto, os saberes tradicionais que representam a existência e o valor das manifestações imateriais e memórias passam a ter uma maior segurança jurídica.

3. CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA (CDB)

A Convenção de Diversidade Biológica (CDB), surgiu na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), realizada em 1992, no Rio de Janeiro.

Sendo estruturada como um código de normas internacionais para regulamentar o uso e a exploração sustentável da biodiversidade.

Os principais objetivos da referida convenção são definidos em seu artigo 1º; são: a conservação da diversidade biológica; a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos (BRASIL, CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 1992). Dessa forma, estes três objetivos demonstram a necessidade de conservação da biodiversidade de vida, visando inibir a exploração predatória que ocasione sua perda.

As normas formadoras do texto base da convenção totaliza quarenta e dois artigos, ressaltando que dois acordos suplementares a compõem. Os referidos acordos são Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança e o Protocolo de Nagoya sobre Acesso a Recursos Genéticos e Repartição Justa e Equitativa dos Benefícios Derivados de sua Utilização. Estes protocolos possuem natureza acessória, contudo são fundamentais nas relações multilaterais, regionais e bilaterais a respeito da biodiversidade.

A convenção representa um marco internacional nas diretrizes da exploração sustentável da diversidade biológica, em razão de compreendê-la como um direito comum a humanidade. Assim deve ser um elemento integrante do processo de desenvolvimento de forma intergeracional. Destacando que os conhecimentos tradicionais compõem os ecossistemas, portanto protegê-los se torna imprescindível para que os indígenas tenham sua cultura imaterial preservada (BERTOLD; SPOSATO, 2012, p.78)

A CDB trouxe instituiu como princípio fundamental a obrigatoriedade de repartição dos ganhos econômico gerados pela utilização da biodiversidade. A repartição econômica denomina-se bioprospeção, a qual consiste nas vantagens econômicas obtidas a partir daquele conhecimento de determinada etnia.

Nesse sentido o artigo 8º da referida convenção estabeleceu que os governos devem respeitar, preservar, manter e promover o uso dos conhecimentos tradicionais com a aprovação transparente e ampla participação das comunidades indígenas e locais pertinentes (BRASIL, CONVENÇÃO SOBRE A DIVERSIDADE BIOLÓGICA, 1992).

A CDB também prescreve como elemento primordial da utilização dos saberes tradicionais respeitando, preservando e mantendo o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais indígenas. Destacando que a manutenção desses saberes se torna possível por meio do estilo de vida tradicional, devendo sua utilização ser sustentável.

A repartição econômica justa e a utilização sustentável dos conhecimentos tradicionais e o respeito a forma dos saberes indígenas são as principais normas que fundamentaram a criação da

Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB). Dessa forma, em 1998 o Brasil por meio do Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998, passou a incorporar a CDB ao seu ordenamento pátrio, e por meio da Resolução nº 12, de 25 de março de 2004 estabeleceu diretrizes para orientar, a repartição econômica dos benefícios da utilização dos saberes tradicionais.

4. O QUE SÃO SABERES TRADICIONAIS?

O termo saberes ou conhecimentos tradicionais define-se um conjunto dinâmico de conhecimentos que foi desenvolvido e desenvolve-se constantemente, sendo sustentado e transmitido de geração em geração dentro de uma comunidade tradicional ou determinada população indígena, formando a identidade étnica, cultural e espiritual destes sujeitos (BRASIL, ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL, 2016)

Os saberes tradicionais são titularizados por um, a coletividade, caracterizando-os com um aspecto antropológico e histórico essenciais a sua manutenção. E este caráter coletivo possibilita que seja passado entre gerações, mantendo o conhecimento no grupo e permitindo um aperfeiçoamento constante (VARESE, 1996, p. 20).

Esses conhecimentos são denominados conhecimentos tradicionais por serem produzidos por povos indígenas e comunidades locais que possuem características culturais específicas. Sendo essa especificidade cultural que os diferenciam do restante da sociedade brasileira, e também pelo fato de serem transmitidos predominantemente de forma oral, muitas vezes através de línguas diferentes do português (DANTAS, 2006, p.90)

Esses conhecimentos são parte da identidade destes povos e comunidades, isto é, de seus valores, significados e razão de ser como povos, além de garantir sua sobrevivência. Desse modo, os saberes tradicionais reúnem conhecimentos sobre plantas e animais que podem ser utilizados para a elaboração de medicamentos e cosméticos, os quais fornecem valor econômicos aos referidos conhecimentos (SANTILLI, 2005, p.192)

Os conhecimentos tradicionais associam-se a biodiversidade, adquiridos ancestralmente devido a estreita relação com o modo de vida ligado à natureza. Evidenciando-se pelo conhecimento a respeito da utilidade de plantas e ervas medicinais, conceituado pelo ordenamento jurídico como conhecimento tradicional associado à biodiversidade (GROSS; JOHNSTON; BARBER, 2005, p.9)

O conhecimento indígena acumulado, tem despertado relevante interesse das indústrias farmacêuticas e de cosméticos, devido de globalização econômica, fato que exigia uma proteção normativa, tal como a Convenção da Diversidade Biológica (CDB).

5. BREVE HISTÓRICO ACERCA DA REGULAMENTAÇÃO PÁTRIA SOBRE OS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS ANTES DA LEI 13.213/2015

A partir da ratificação da República Federativa do Brasil da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) as discussões sobre a necessidade de estruturar leis infraconstitucionais para ampliar a proteção aos saberes tradicionais se instalou nos discursos legislativos. Dessa maneira, a primeira tentativa de regulamentação foi proposta por meio do Projeto de Lei nº 306, de 1995, pela então senadora Marina Silva (MOREIRA; CONDE, 2017, p.178).

A proposta de Marina Silva abriu os caminhos para outras propostas até a edição da Medida Provisória nº 2.186-16 de agosto de 2001, a qual teve sua primeira edição sob o número nº 2.052/00. Em a referida MP, previa uma extensa lista de exigências burocráticas, para que o mercado instrumentalizasse economicamente estes conhecimentos tradicionais (MOREIRA; CONDE, 2017, p.178).

O decreto nº 5.549 de 2005 regulamentou as citadas medidas burocráticas, prevendo em seu artigo 10 sanções, desde advertência e multa até a proibição de contratar com a administração pública, por até cinco anos para a parte que não observar as disposições legais (DECRETO 5.549/2005, BRASIL). Posteriormente, no ano de 2007 editou-se o decreto nº 6.159, que trazia mudanças no Conselho de Gestão do Patrimônio Genético, conselho que analisava o procedimento de acesso aos conhecimentos tradicionais.

Essas normas formaram um rol de normas destinadas a legalizar o acesso aos conhecimentos tradicionais, mas trouxeram também uma contradição (BAPTISTA, 2009, p.142). A contradição se referia a uma exaustiva lista de normas, que visavam proteger o acesso aos conhecimentos tradicionais, mas geraram um entrave para o acesso e instrumentalização econômica destes conhecimentos, acentuando a exploração indevida dos conhecimentos tradicionais.

Em resposta a este fato os setores industriais e científicos, bem como as comunidades indígenas que possuíam interesse em disponibilizar os conhecimentos científicos e ter a justa repartição econômica dos benefícios, começaram a pressionar o cenário legislativo a estruturar diretrizes normativas mais apropriadas a realidade social e econômica dos conhecimentos tradicionais (MOREIRA; CONDE, 2017, p.178).

Ressaltando que essa discussão a respeito da excessiva burocratização das normas em relação aos conhecimentos tradicionais foi motivada devido a ocorrência da biopirataria. A biopirataria no sentido “*stricto sensu*”, consiste na exploração e no comércio de conhecimentos tradicionais associados a biodiversidade (PANCHERI, 2013, p.108).

Nesse sentido estes conhecimentos tradicionais eram obtidos sem a autorização do detentor

(sem conhecimento prévio fundamentado) logo os benefícios pela utilização do conhecimento tradicional não eram repartidos de forma justa e equitativa entre Estados, corporações e comunidades tradicionais (PANCHERI, 2013, p.108). Assim, iniciou-se uma série de discussões no Congresso Nacional, que se tornou mais intensa no ano de 2014, como o projeto nominado Protocolo de Nagoya, que compunha a Convenção sobre a Diversidade Biológica (DALLAGNOL, 2015, p. 4).

A tramitação da matéria iniciou-se na Câmara dos Deputados com a proposição do projeto de lei nº 7.735/14, de autoria do governo federal (MOREIRA; CONDE, 2017, p.180). Em razão do disposto no inciso II do art. 34 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, formou-se uma Comissão Especial para avaliar o referido projeto de lei, que fora aprovado em 4 de fevereiro de 2015 na Câmara dos Deputados.

No Senado Federal, o citado projeto de lei obteve 12 emendas aprovadas (TÁVORA, F. L. et al, 2015, p. 27). Em seguida a presidência da república vetou 4 matérias, os quais foram mantidos pelo Congresso Nacional, e em 15 de novembro de 2015, a lei 13.123/15, entrou em vigor.

6. REGULAMENTAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO AOS SABERES TRADICIONAIS: LEI 13.123/2015

A lei 13.123, de maio de 2015 denominada lei da biodiversidade, inseriu a mais recente normatização infraconstitucional de proteção aos saberes tradicionais, sendo regulamentada pelo o decreto n. 8.772 de 2016. O referido decreto pontuou normas específicas como o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 e da Convenção sobre a Diversidade Biológicas (CDB,) e também outras que serão demonstradas a seguir. Dessa forma, a medida provisória nº 2.186 de 2001, que normatizava questões associadas aos saberes tradicionais foi revogada.

O artigo 225 do atual texto constitucional consagra o direito fundamental de todos possuírem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, que possibilite uma boa qualidade de vida (CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, BRASIL). E para haver a efetivação deste direito cabe ao poder público e a coletividade o dever de conservação.

E para esse fim o Estado estrutura normas aptas a garantirem este direito, como a presente lei da biodiversidade que institui o procedimento legal para preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético pátrio, e a fiscalização sobre as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético associados aos saberes tradicionais. Ressaltando que está regulamentação infraconstitucional diz respeito ao artigo 225 § 1º do texto constitucional.

O artigo 1º da CDB também foi internalizado no que tange a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos

benefícios derivados da utilização dos recursos tradicionais. Nesse sentido a lei da biodiversidade prescreve em seu artigo 1º, inciso V, o seguinte enunciado protetivo “ a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de conhecimento tradicional associado, para conservação e uso sustentável da biodiversidade” (BRASIL, LEI 13.123/2015).

No artigo 2º, da lei analisada, também há conceitua os tipos de conhecimentos tradicionais existentes. A primeira definição de conhecimento tradicional é o associado, definido como informações ou práticas de uma população indígena, uma comunidade tradicional ou agricultor tradicional sobre as propriedades ou usos diretos ou indiretos associada ao patrimônio genético (BRASIL, LEI 13.123/2015). Ressaltando que patrimônio genético são informações de origem genética de espécies vegetais, animais, microbianas ou espécies de outra natureza que compõem o metabolismo destes seres vivos (BRASIL, LEI 13.123/2015)

O segundo tipo de conhecimento tradicional definido é o associado de origem não identificável, o qual não há a possibilidade de vincular a sua origem a apenas, uma população indígena, comunidade tradicional ou agricultor tradicional (BRASIL, LEI 13.123/2015). No mesmo artigo, também há a descrição de como realizar o acesso ao conhecimento tradicional, que é por meio de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico sobre conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético. Este enunciado normativo também menciona que este acesso poderá ser obtido por fontes secundárias também, como feiras, publicações, inventários, filmes, artigos científicos (BRASIL, LEI 13.123/2015).

O artigo 6º da lei estabelece a estrutura do Conselho de Gestão do Patrimônio Genético (CGEN), o qual é elementar para a coordenação e propositura da elaboração de políticas e de normas infralegais referentes aos conhecimentos tradicionais e a biodiversidade (BRASIL, LEI 13.123/2015). Nesse sentido a diretriz normativa enuncia que a formação do CGEN dar-se-á por 60% de representação dos órgãos e entidades da administração pública federal, e com 40% de representantes da sociedade civil (BRASIL, LEI 13.123/2015). Sendo resguardado a paridade participativa entre o setor empresarial, o setor acadêmico e as populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais (BRASIL, LEI 13.123/2015).

E o artigo 8º reafirma a proteção normativa a todos os tipos de conhecimentos tradicionais, de qualquer utilização e exploração ilícita destes (BRASIL, LEI 13.123/2015). E também reconhece ser direito de populações indígenas, das comunidades tradicionais, bem como de agricultores tradicionais participarem dos processos decisivos em âmbito nacional, sobre assuntos relacionados à conservação e ao uso sustentável de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético (BRASIL, LEI 13.123/2015).

O artigo 9º é estruturado no sentido mesmo sentido do artigo anterior, em razão de prescrever o direito das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais em autorizarem ou não aos interessados acessar seus conhecimentos tradicionais (BRASIL, LEI 13.123/2015).

E também informa quais poderão ser as formas utilizadas para haver a comprovação do consentimento para o acesso dos conhecimentos tradicionais identificáveis, em seu parágrafo 1º (aqueles de origem determinada). Desse modo as quatro formas são: a assinatura de um termo de consentimento prévio; o registro audiovisual do consentimento; um parecer do órgão oficial competente; ou uma adesão na forma prevista em um protocolo comunitário (BRASIL, LEI 13.123/2015).

Ressaltando que o artigo 9º, parágrafo 2º, prescreve que para acessar os conhecimentos tradicionais não identificáveis, aqueles de origem indeterminada, apontados no artigo 2º, inciso III, não é exigido à obtenção do consentimento prévio informado (BRASIL, LEI 13.123/2015).

E para finalizar as principais normas protetoras dos conhecimentos tradicionais organizadas pela lei 13.123/2015, evidencia-se o artigo 10º. Artigo que institui quais são os direitos titularizados pelas das populações indígenas, comunidades tradicionais e agricultores tradicionais a respeito de seus conhecimentos tradicionais (BRASIL, LEI 13.123/2015).

Sendo estes direitos os seguintes : o reconhecimento de sua contribuição para o desenvolvimento e conservação de patrimônio genético, em qualquer forma de publicação, utilização, exploração e divulgação; a obrigatoriedade sobre a origem do acesso ao conhecimento tradicional associado em todas as publicações, utilizações, explorações e divulgações; perceberem os benefícios pela exploração econômica por terceiros, direta ou indiretamente, do conhecimento tradicional associado, nos termos desta lei , e a participação a do processo de tomada de decisão sobre assuntos relacionados ao acesso a conhecimento tradicional associado e à repartição de benefícios decorrente desse acesso (BRASIL, LEI 13.123/2015).

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a constitucionalização dos direitos indígenas, assegurando as comunidades tradicionais o direito a alteridade e os demais direitos que a compõem. Dessa maneira, o Capítulo VIII no caput do artigo 231 estabeleceu como um direito o respeito aos usos, costumes e tradições tradicionais. Estes três elementos englobam direitos materiais e direitos imateriais indígena, tais como os conhecimentos tradicionais.

O texto constitucional também assegurou o compromisso com a ordem internacional, visando intensificar a proteção as minorias historicamente vulneráveis como os indígenas. Assim, a

Convenção Sobre a Diversidade Biológica estabelece normas protetivas aos saberes tradicionais foi incorporada ao ordenamento pátrio, reafirmando também a proteção a identidade étnica tal como prescreve o artigo 231.

A Convenção Sobre a Diversidade Biológica inseriu diretrizes normativas internacionais para o acesso aos conhecimentos tradicionais, e principalmente a utilização sustentável deste e a repartição justa e equitativa de seus benefícios econômicos. Nesse sentido, iniciou-se uma discussão interna para a consolidação de normas infraconstitucionais que fossem aptas regularizar todas as questões que cercavam o contexto dos conhecimentos tradicionais.

No ano de 2001 editou-se a Medida Provisória n ° 2.186-16, cuja primeira edição se deu sob o número 2.052/00. Contudo, a referida MP suscitou uma grande polêmica durante sua vigência, devido a excessiva burocratização legal para acessar os conhecimentos tradicionais. Dessa forma, a exploração ilegal, denominada a época como biopirataria exigia normas mais que se amoldassem as exigências das comunidades tradicionais que objetivam disponibilizar esses conhecimentos e usufruírem dos benefícios econômicos, e para os setores científicos e industriais que desejavam acessá-los.

Este cenário possibilitou discussões acerca da estruturação de uma nova lei, assim no ano de 2014 o poder executivo iniciou um processo legislativo que culminou com a publicação da Lei n. 13.123/15, a lei da biodiversidade. A citada lei trouxe um rol maior de conceitos sobre os conhecimentos tradicionais, e instrumentos jurídicos menos complexos para acessá-los possibilitando uma maior compreensão e utilização para comunidades tradicionais.

Por meio do panorama delineado ao longo deste trabalho é possível inferir que a Convenção Sobre a Diversidade Biológica internalizada no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1988, tornou-se primordial para que os conhecimentos tradicionais fossem amparados normativamente. E também proporcionou a reflexão sobre a importância destes como elementos que compõem a biodiversidade do país e que necessitavam de normas infraconstitucionais adequadas ao contexto social e histórico que cercam as comunidades tradicionais.

A lei 13.123/2015 tornou-se uma resposta a toda essa discussão iniciada em 1998, e demonstrou como o diálogo do texto constitucional com a ordem internacional é preponderante para a proteção de minorias historicamente expostas a vulnerabilidade. Com isso o exercício dos direitos individuais, sociais, a liberdade, a segurança e a justiça no âmbito dos conhecimentos tradicionais passam a ser efetivadas tal como prescreve a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBIERI, S. R. J. **Os Direitos Constitucionais dos Índios e o direito a diferença, face ao**

princípio da dignidade da pessoa humana. Coimbra: Almedina, 2008.

BAPTISTA, Fernando Mathias, “Os impasses da abordagem contratualista da política de repartição de benefício no Brasil: algumas lições aprendidas no CGEN e caminhos para sua superação”, in: KISHI, Sandra Akemi Shimada, KLEBA, John Bernhard. **Dilemas do acesso à biodiversidade e aos conhecimentos tradicionais – direito, política e sociedade.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 20 de junho de 2019.

_____. **Convenção sobre a Diversidade Biológica.** Disponível em: http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/_arquivos/cdbport.pdf . Acesso em 29 abril 2019.

_____. **Medida Provisória n° 2.186-16, de 23 de agosto de 2001.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm . Acesso em 20 junho 2019.

_____. **Lei n° 13.123, de 20 de maio de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm . Acesso em 5 junho 2019.

_____. **Decreto n° 8.772, de 11 de maio de 2016.** Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8772.htm. Acesso em 5 junho 2019.

_____. **Organização Mundial da Propriedade Intelectual.** Disponível em : https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_tk_1.pdf . Acesso em 5 junho 2019.

BERTOLDI, Márcia Rodrigues; SPOSATO, K. B. **Instrumentos de proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade.** Revista Direitos Fundamentais & Democracia (Uni Brasil), v. 12, 2012.

BINSFELD, Pedro Canisio; NEVES, Ludmila Lafetá de Melo; TORRES, Regina; FERREIRA, Helena Luna. Desafio de inovação em saúde e a legislação de acesso à biodiversidade. In: **Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: implementação da legislação de acesso e repartição de benefícios no Brasil.** Simone Nunes Ferreira e Maria José Amstalden Moraes Sampaio (Org.). Brasília, DF: SBPC, 2013.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “Novos” Direitos Indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflitualidades jurídicas.** São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLAGNOL, André. Biopiratas no controle: uma breve história da aprovação do Marco Legal da Biodiversidade no Brasil. Boletim Raízes: **O Marco Legal da Biodiversidade e a financeirização da natureza. Série Marcos de financeirização de bens naturais comuns e as restrições ao livre uso da agro e biodiversidade.** Terra de Direitos. Curitiba, dez. 2015.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Base jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais.** Revista CPC, v. 1, n. 2, 2006.

DIEGUES, Antonio Carlos. ARRUDA, Rinaldo S. V. (Org.). Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.

GROSS Tony; JOHNSTON Sam; BARBER Charles Victor. **A Convenção sobre Diversidade Biológica: Entendendo e Influenciando o Processo**, 2005.

SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais associados: novos avanços e impasses na criação de regimes legais de proteção. In: LIMA, André (org). **Quem cala consente? Subsídios para a proteção aos conhecimentos tradicionais** / organizadores André Lima, Nurit Bensusan. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2003.

_____. Biodiversidade e conhecimentos tradicionais: regimes legais de proteção e a pirataria legislativa: medida provisória viola direitos indígenas e legitima a biopirataria em suas terras. In: CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro; VERÍSSIMO, Adalberto; MOREIRA, Adriana; SAWYER, Donald; SANTOS, Iza dos; PINTO, Luiz Paulo (org.). **Biodiversidade na Amazônia Brasileira**. São Paulo: Instituto Socioambiental e Estação Liberdade, 2001.

_____. Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para construção de um regime jurídico sui generis de proteção. In: PLATIAU, Ana Flávia Barros; VARELLA, Marcelo Dias (org.). **Diversidade biológica e conhecimentos tradicionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Patrimônio imaterial e direitos intelectuais coletivos. In: MATHIAS, Fernando; NOVIUON, Henry de (Orgs.) **As encruzilhadas da modernidade: debate sobre a biodiversidade, tecnociência e cultura**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006.

_____. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SACCARO JUNIOR, Nilo Luiz. **A regulamentação de acesso a recursos genéticos e repartição de benefícios: disputas dentro e fora do Brasil**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Brasília, 2011.

SILVA, Julianne Holder da C. **O direito indigenista no Brasil: Transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988**. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 17, p. 274-304, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens Culturais e sua proteção jurídica**. 3. ed. 6. reimp. Curitiba: Juruá, 2011.

LOPES, Luciana Figueiredo Bomfim. Proteção de conhecimentos tradicionais associados à diversidade biológica: possibilidades e desafios. **Revista de Estudos e Pesquisas (Fundação Nacional do Índio)**, v. 4, 2007.

MOREIRA, Eliane; Noemi Porro (Org.); SILVA, L. A. L. (Org.). **A lei n. 13.123/2015 e o retrocesso na proteção dos conhecimentos tradicionais**. 1. ed. São Paulo: Ed. Instituto Direito por um Planeta Verde, v.1, 2017.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 18. ed. São Paulo:

Saraiva, 2018. v. 1.

TÁVORA, F. L. et al. **Comentários à Lei n. 13.123**, de 20 de maio de 2015: Novo Marco Regulatório do Uso da Biodiversidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td184> Acesso em: 20 junho 2019.

VARESE, Stefano. **Parroquialismo y Globalización. Las etnicidades indígenas ante el tercer milenio**. In: VARESE, Stefano (Coord.). Pueblos indios, soberania y globalismo. Quito: Abya Yala, 1996.

VIEIRA, Vinicius Garcia. **Direito da biodiversidade e América Latina: a questão da Propriedade intelectual**. Ijuí: Unijuí, 2012.

A ECOLOGIZAÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO: UM NOVO PARADIGMA DA DIGNIDADE DA VIDA PARA ALÉM DA HUMANA

Fúlvia Letícia PEREGO¹

RESUMO

O presente estudo aborda os novos perfis do Estado e do Direito diante da necessidade de defesa de uma nova ética ambiental com dimensão ecológica, ultrapassando-se o antropocentrismo clássico para se alcançar um antropocentrismo alargado. Demonstra-se a possibilidade de se reconhecer um paradigma atualizado da dignidade da vida além da humana, para todos, humanos e não humanos, dentro de um mesmo patamar, de maneira que todos são considerados como um fim em si mesmos, e não como meros objetos.

PALAVRAS-CHAVE: Ecologização. Dimensão ecológica. Dignidade da vida para além da humana.

ABSTRACT

The present study approaches the new profiles of the State and Law in the face of the need to defend a new environmental ethic with an ecological dimension, going beyond classical anthropocentrism to achieve broad anthropocentrism. It demonstrates the possibility of recognizing an up-to-date paradigm of the dignity of life beyond human, for all, human and non-human, within one level, so that all are considered as an end in themselves, and not as mere objects.

KEYWORDS: Ecologization. Ecological dimension. The dignity of life beyond human.

INTRODUÇÃO

Os modelos socioeconômicos e políticos vigentes, bem como a forma como o ser humano tem tratado o meio em que vive, revelam quão destrutivos têm sido para se ter uma digna qualidade de vida, com segurança, em um ambiente saudável. Com a crise ambiental instalada, as Constituições modernas precisavam se adequar à nova realidade, e dessa forma o meio ambiente se tornou um direito fundamental, e a dignidade humana um princípio norteador de um novo modelo de Estado de Direito, qual seja o Ambiental.

Com a ecologização do Estado e do Direito a partir da Constituição Federal de 1988, se tornou necessário e urgente ampliar a compreensão para uma nova visão de dimensão ecológica, incluindo da dignidade humana, reformular e redimensionar conceitos, mudar paradigmas de como o ser humano vive, interage, percebe e reconhece o meio ambiente e as outras formas de vida além da humana, bem como a sua relação com a Natureza.

Dessa forma, o presente artigo tem por objetivo demonstrar a possibilidade de se

¹ Aluna regular do PPGMADRE – Programa de Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da Universidade do Oeste Paulista (UNOESTE); Mestre em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional – UNOESTE; Integrante do Núcleo de Estudos Ambientais e Geoprocessamento – NEAGEO; Especialista em Direito Civil e Processual Civil – Escola Superior de Advocacia (ESA); Advogada.

reconhecer um novo paradigma da dignidade da vida para além da humana, diante da ecologização do Estado e do Direito. Utilizou-se como método a lógica dedutivo-indutiva, partindo-se da premissa maior de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental de todos, incluindo-se aqui todas as formas de vida humana e não humana, possibilitando o reconhecimento da dignidade aos animais não humanos, bem como à Natureza (premissa menor).

Neste raciocínio lógico é possível demonstrar a compreensão do atual constitucionalismo ecológico em um redimensionamento da visão clássica da ética antropocêntrica para o ecocentrismo moderado, alcançando a dignidade da vida além da humana. Utilizou-se ainda, a pesquisa bibliográfica e exploratória, com coletas de dados secundários, pautadas na legislação, doutrina e jurisprudência nacionais para alcançar o objetivo proposto.

É de suma importância a investigação proposta em razão de que é necessário demonstrar que a atual Constituição Federal deve ser compreendida pela sua dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, que ultrapassa a tutela humana para o reconhecimento também da dignidade da vida animal e da Natureza como um fim em si mesmo, superando, desse modo, o modelo clássico do antropocentrismo para contemplar a proteção jurídica ampla e integrada de todos os seres, humanos ou não.

1. ECOLOGIZAÇÃO DO ESTADO E DO DIREITO

Diante da problemática ambiental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi devidamente inserido nas Constituições modernas como um direito fundamental, na medida em que ele se tornou imprescindível para a promoção da dignidade da pessoa humana, como também para a própria sobrevivência humana. Belchior (2011, p. 120, grifo do autor) mostra que:

O meio ambiente ecologicamente equilibrado assume tamanha importância que acaba se mostrando como um *direito horizontal* na medida em que interfere sobre os demais ramos do direito: privado e público. Caracteriza-se, ainda, como um direito de *integração*, que penetra em todos os ramos da ciência jurídica para neles introduzir a ideia ambiental. Demanda, por consequência, uma gestão integrativa da juridicidade ambiental.

Considerando, pois, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é a luz de todos os direitos fundamentais e da existência de uma nova ordem pública ambiental, se faz necessário defender o fenômeno da ecologização do Estado e do Direito, fazendo com que “muitos institutos jurídicos (preexistentes) sejam renovados e muitos institutos jurídicos (novos) sejam criados dentro do ordenamento” (NUNES JUNIOR, 2004, p. 299). Para Carvalho e Rocha (2006, p. 25):

A Ecologização do Direito consiste exatamente num processo dinâmico de auto-sensibilização e alteração das estruturas dogmáticas do Direito (e da Teoria do Direito) para responder às demandas sociais decorrentes da produção de riscos globais emanados da sociedade industrial.

Cumprido ao Direito a missão de se posicionar em relação às novas ameaças, chamada de crise ambiental, que fragilizam e colocam em risco a ordem de valores, os princípios republicanos e do Estado Democrático de Direito, bem como comprometem fortemente a sobrevivência (humana e não humana) e a qualidade de vida. Neste contexto, considerando a insuficiência dos direitos de liberdade e mesmo dos direitos sociais, o reconhecimento de um direito fundamental ao meio ambiente e a sua devida proteção constitui aspecto central da agenda político-jurídica contemporânea (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Surgem, então, novos direitos, “cujos contornos estão em divergência com a fórmula clássica do eu-contra-o-Estado, ou até da sua versão welfarista mais moderna, do nós-contra-o-Estado” (BENJAMIN, 2015, p. 84). É importante lembrar que a Constituição Federal, seguindo a influência do direito internacional, “sedimentou e positivou ao longo de seu texto os alicerces normativos de um *constitucionalismo ecológico*, atribuindo ao direito ao ambiente o status de direito fundamental, em sentido formal e material, orientado pelo princípio da solidariedade” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 57, grifo do autor).

Sobre a ecologização do texto constitucional, informa Benjamin (2015, p. 84-85) que:

[...] traz um certo sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor-do-planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico nós welfarista (o conjunto dos cidadãos em permanente exigência de iniciativas compensatórias do Estado) passa a agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara, mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas; finalmente, e em consequência disso tudo, o rigoroso adversarismo, a técnica do eu/nós contra o Estado ou contra nós mesmos, transmuda-se em solidarismo positivo, com moldura do tipo em favor de alguém ou algo.

No contexto constitucional atual, consolida-se a formação de uma dimensão ecológica – inclusiva – da dignidade humana, que abrange a ideia em torno de um bem-estar ambiental e social indispensável a uma vida digna, saudável e segura (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 58). Dessa compreensão se verifica que é indispensável obter um patamar mínimo de qualidade ambiental para se concretizar a vida humana com dignidade. Para Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 30):

O conteúdo conceitual e normativo do princípio da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente relacionado à qualidade do ambiente (onde o ser humano vive, mora, trabalha, estuda, pratica lazer, etc.). A vida e a saúde humanas (ou como refere o *caput* do artigo 225 da CF88, conjugando tais valores, a sadia qualidade de vida) só são possíveis, dentro dos padrões mínimos exigidos constitucionalmente para o desenvolvimento pleno da personalidade humana, num ambiente natural com qualidade ambiental.

No âmbito de um Estado de Direito Ambiental, tal como foi consagrado pela Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana está atrelada à qualidade do meio ambiente e, por

essa razão, “é tomada como o principal, mas não o exclusivo *fundamento (e tarefa) da comunidade estatal*, projetando a sua luz sobre todo o ordenamento jurídico-normativo e assim vinculando de forma direta todos os entes públicos e privados” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 87, grifo do autor). Assim, se verifica que:

[...] consolidada a *dimensão ecológica da dignidade humana*, bem como a ideia em torno de um *bem-estar ambiental* (em termos de qualidade ambiental do espaço onde a vida humana está sediada) imprescindível a uma vida humana merecedora da qualificação de ‘digna’ e ‘saudável’ (FENSTERSEIFER, 2008, p. 66, grifo do autor).

Verifica-se que a cada dia aumenta o número de adeptos a um novo modelo de Estado, desde um redimensionamento do papel do Estado e do direito na sociedade em prol de um meio ambiente sadio e equilibrado. O Estado de Direito Ambiental vem sendo fortemente sustentado no Brasil por Benjamin (2015), Leite (2015), Sarlet (2012), Machado (2014), Ayala (2011), Fensterseifer (2008), entre outros. Destaca Canotilho (2015, p. 28, grifo do autor), entretanto, que o “*Estado constitucional ecológico*” foi defendido, inicialmente, pelo alemão Rudolf Steinberg, em sua obra ‘Der Ökologische Verfassungsstaat’. E acrescenta que:

No seu conjunto, as dimensões jurídico-ambientais e jurídico-ecológicas permitem falar de um *Estado de Direito Ambiental e ecológico*. O Estado de direito, hoje, só é Estado de Direito se for um Estado protector do ambiente e garantidor do direito ao ambiente; mas o Estado ambiental ecológico só será Estado de direito se cumprir os *deveres de juridicidade* impostos à actuação dos poderes públicos (CANOTILHO, 2015, p. 28, grifo do autor).

Para a formulação de um Estado de Direito Ambiental, segundo Canotilho (2010, p. 31), se faz necessário que “o Estado constitucional, além de ser e dever ser um Estado de direito democrático e social, deve ser também um Estado regido por princípios ecológicos”. Para Sarlet e Fensterseifer (2010, p. 16, grifo do autor), o Estado Socioambiental resulta “da necessária convergência das ‘agendas’ social e ambiental num mesmo projeto jurídico-político para o desenvolvimento humano”.

Para Leite (2015, p. 178), “construir um Estado de Direito Ambiental parece ser uma tarefa de difícil consecução ou até mesmo uma utopia, porque se sabe que os recursos ambientais são finitos e antagônicos com a produção de capital e consumo existentes”. Entretanto, essa abstratividade que lhe é peculiar não pode diminuir a importância da sua discussão. Nesse sentido, afirma que:

A definição dos pressupostos de um Estado de Direito do Ambiente serve como ‘meta’ ou ‘parâmetro’ a ser atingido, trazendo à tona uma série de discussões que otimizam processos de realização de aproximação do Estado ficto. [...] A otimização do Estado de Direito do Ambiente não resolve os problemas ambientais surgidos com a crise ecológica pela qual se passa. Serve, entretanto, como transição da irresponsabilidade organizada generalizada para uma situação em que o Estado e a sociedade passam a influenciar nas situações de risco, tomando conhecimento da verdadeira situação ambiental e se municiando de aparatos jurídicos e institucionais capazes de fornecer a mínima segurança necessária para que se garanta qualidade de vida sob o aspecto ambiental (LEITE, 2015, p. 180, 182, grifo do autor).

O vigente modelo de Estado Democrático de Direito precisa ultrapassar os limites das normas e concretizá-las no mundo fático, buscando o alcance almejado para a efetivação de um Estado de Direito Ambiental, pois a crise ambiental e a sociedade de risco demonstram que há uma sobreposição do modo de produção capitalista, visando o lucro a qualquer custo, em prejuízo ao meio ambiente e a um modelo de sociedade mais justa e equitativa.

2. A DIMENSÃO ECOLÓGICA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No âmbito do Direito Constitucional ocidental, a abertura dos textos constitucionais aos princípios, notadamente da dignidade da pessoa humana, se concretizou nas Constituições que foram sendo promulgadas ao longo do processo de democratização política, como foi o caso da experiência brasileira e mesmo latino-americana. (PIOVESAN, 2015). Historicamente, a ideia dos direitos humanos atrelada ao meio ambiente foi moldada por duas importantes tradições políticas, o pensamento liberal e pensamento social, conforme o entendimento de Bosselmann (2010, p. 109, grifo do autor):

Primeiro, o liberalismo do século 18 estabeleceu a ideia da liberdade individual (em francês: *liberte*). Em segundo lugar, os princípios democráticos e sociais dos séculos 19 e 20 acrescentaram as ideias da igualdade e solidariedade (em francês: *egalité* e *fraternité*). Conceitualizar os seres humanos como indivíduos numa sociedade livre, democrática e social foi a conquista da modernidade. Mas o tempo não para. Enquanto os seres humanos continuam sendo uma ameaça para si mesmos, eles estão ameaçando, em grau crescente, as condições naturais das quais dependem. Isso exige uma ampliação do conceito de solidariedade. As gerações futuras e o meio ambiente natural deveriam estar incluídos no âmbito da solidariedade. [...] Os direitos humanos, como todos os instrumentos jurídicos, precisam respeitar as fronteiras ecológicas. Essas fronteiras podem ser expressas em termos éticos e jurídicos na medida em que definem conteúdo e limitações de direitos humanos.

Para Bonavides (2008, p. 233) “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição que o princípio da dignidade da pessoa humana”. Afirma Piovesan (2015, p. 97) que:

Consagra-se, assim, a dignidade humana como verdadeiro superprincípio, a orientar tanto o Direito Internacional como o Direito interno. [...] Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade.

O constituinte brasileiro, influenciado pelas constituições sociais democráticas do século XX, dispôs em seu artigo 1º, III², o postulado da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da organização nacional. O atual Estado Democrático é um Estado de abertura constitucional consolidado no princípio da dignidade do ser humano, tendo-o como eixo central. Trata-se, pois, do

2 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana (BRASIL, 1988).

constitucionalismo das comunidades humanas, voltado mais para a sociedade do que para o Estado (BELCHIOR, 2011, p. 79). Para Sarlet (2013, p. 256):

Tanto o Preâmbulo quanto o Título dos Princípios Fundamentais são indicativos de uma ordem constitucional voltada ao ser humano e ao seu pleno desenvolvimento da personalidade, bastando lembrar que a dignidade da pessoa humana, pela primeira vez na história constitucional brasileira, foi expressamente guindada (art. 1º, III, da CF) à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, por sua vez também como tal criado e consagrado no texto constitucional.

Importante destacar que a Constituição Federal de 1988 institucionaliza a instauração do regime político democrático no Brasil, avançando e alargando o campo das garantias e direitos fundamentais, assinalando, pela primeira vez, especificamente, objetivos do Estado Brasileiro. Liberati (2013, p. 74) ensina que:

O Estado fundamenta sua existência na completude de direitos da pessoa humana. A finalidade do Estado estreita-se na tarefa maior de realizar e garantir que os direitos do homem sejam exercidos. O Estado só se realiza e se justifica com a realização do homem. Daí decorre que o princípio da dignidade humana, pela sua importância, resulta em fundamento de todas as atividades estatais. [...] Em face disso, a regra principiológica da dignidade da pessoa humana contorna as funções e atividades estatais, na medida em que o Estado se obriga a concentrar seus esforços na realização de tarefas e funções destinadas à realização do homem por meio da proteção dos direitos fundamentais.

Tem-se com a Constituição Federal de 1988, portanto, um Estado Democrático de Direito “que tem como núcleo basilar a dignidade da pessoa humana, sendo o coração de todos os direitos fundamentais” (BELCHIOR, 2011, p. 79). Os postulados do Estado Social encontram-se inseridos no novo modelo que se apresenta. Da mesma forma, “a proteção ao meio ambiente é um postulado imposto, constitucionalmente, ao atual Modelo de um Estado Democrático de Direito, não só social, mas também ecológico” (PADILHA, 2006, p. 130).

O novo modelo de Estado de Direito objetiva uma garantia de proteção cada vez maior da dignidade humana e de todos os direitos fundamentais de todas as dimensões, buscando uma (re)construção (sic) histórica permanente dos seus conteúdos normativos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2010, p. 18). O Estado de Direito, portanto, se transformou em um Estado material de Direito guiado pelo valor da justiça social, buscando promover as condições para que a liberdade e a igualdade dos indivíduos sejam reais e efetivas (BELCHIOR, 2011, p. 79).

O avanço jurídico em direção da proteção da dignidade humana deparou-se com acontecimentos que feriram no âmago a realidade plena do ser humano. Trata-se dos desastres ambientais ocorridos nas décadas de 1960 e 1970, cuja periculosidade havia sido demonstrada por pesquisadores de diversas áreas do saber. Outras pesquisas demonstravam também a verdadeira escassez dos recursos naturais, tornando incompatível o ritmo produtivo que alimentava o ideal da sociedade de consumo. Esse foi o cenário propício para a realização da Primeira Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972.

Dentre as decisões dessa conferência, notabilizou-se o que ficou insculpido no Princípio 1³ da Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano (CONFERÊNCIA, 1972), de que todos os seres humanos possuem os direitos à liberdade e igualdade, acrescentando o direito-dever ambiental. Esse consiste no direito a uma vida digna e com bem estar, além do dever de proteger o meio ambiente para que ele garanta a sobrevivência das gerações presentes e futuras. Concepções como essas influenciaram o legislador brasileiro, que na Constituição de 1988 consagrou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental.

Assim, entre os direitos fundamentais da terceira dimensão se encontra o direito ao meio ambiente, “pois de tutela coletiva, imaterial e titularidade por toda a coletividade brasileira, que ao mesmo tempo é credora e devedora desse direito, sendo de responsabilidade do Estado e da Sociedade brasileira efetivá-lo” (AMADO, 2015, p. 28). Portanto, é marcado por tutelar os direitos de natureza transindividual e universal, difusos e coletivos.

Embora não previsto no rol dos direitos assegurados no artigo 5º da Constituição Federal, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi erigido e positivado a direito fundamental no artigo 225⁴ do mesmo diploma, “passando a gozar de maior proteção contra eventuais arbitrariedades provenientes de particulares ou do próprio Estado” (BATISTA, 2009, p. 37).

No Estado contemporâneo perdura, ainda, a essência da concepção liberal, “traduzindo na afirmação de que o homem, pelo simples fato de o ser, tem direitos e que o Poder Público deve respeitá-los” (BELCHIOR, 2011, p. 83). No entanto, esse mesmo Estado, nos termos da Constituição Federal, assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, que deve ser vista não apenas de forma individual, mas de forma coletiva, em prol de todos os indivíduos, em virtude da solidariedade.

O Estado Democrático de Direito, portanto, surgiu com o escopo de garantir, além dos direitos individuais e sociais já estabelecidos, os direitos de titularidade coletiva ou difusa, tendo como princípio a dignidade da pessoa humana. No entanto, o Estado de Direito foi “constituído ainda debaixo dos padrões de racionalidade e segurança, pouco aptos a lidar com padrões de imprevisibilidade, deve passar pela necessária revisão, que se repete cada vez mais” (LEITE; AYALA, 2002, p. 20).

Entende Belchior (2011, p. 114) que “é preciso não só um diferente modelo econômico, mas uma nova era de modelos atenta à problemática ambiental”, onde o meio ambiente deve ocupar

3 Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

4 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 (BRASIL, 1988).

posição central nas agendas política e jurídica, demandando uma transformação no Estado e no Direito. Para Leite e Ayala (2002, p. 20) “o Estado deve lidar com a crise ambiental, ciente das circunstâncias diferenciadas que a caracterizam, a partir de um modelo de riscos”.

Nesse contexto, a necessidade da construção de um Estado de Direito Ambiental se mostra urgente para se adequar à crise ecológica e à sociedade de risco, visando minimizar ou mitigar os efeitos dos impactos degradadores ao meio ambiente. Portanto, impõe-se a determinação de que “padrão ou padrões de democracia dependem da elaboração de um Estado de direito que lida com riscos tecnológicos e, principalmente, de que padrão ou padrões de democracia depende a estrutura de um Estado de direito ambiental” (AYALA, 2011, p. 48-49).

A situação de risco e degradação ambiental nas sociedades contemporâneas impõe novos desafios ao direito constitucional, que deve repensar os próprios fundamentos do conceito de Estado de Direito, a partir da nova realidade socioambiental vivenciada pelas comunidades humanas, seja nas dimensões local, nacional, regional e global (FENSTERSEIFER, 2008, p. 26).

Assim, é indispensável uma releitura e ampliação da noção de dignidade da pessoa humana a partir do reconhecimento da sua necessária dimensão ecológica, compreendendo o ideário de um bem estar ambiental, a exemplo do que se verifica no bem estar social, considerado indispensável a uma vida digna, saudável e segura, conforme demonstram Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 156, grifo do autor):

Identifica-se uma *dimensão ecológica* a conformar (juntamente com as dimensões social, histórico-cultural etc.) o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como da correlata garantia do que passou a se designar de um mínimo existencial. A *qualidade (e segurança) ambiental* deve, nessa perspectiva, ser reconhecida como elemento integrante do conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana e dos direitos e deveres humanos e fundamentais que lhe são correlatos, especialmente em razão da sua imprescindibilidade à manutenção e à existência da vida e de uma vida com qualidade, sendo fundamental ao desenvolvimento de todo o potencial humano num quadrante de completo *bem-estar existencial*.

Dessa forma, o novo modelo a ser construído pelo Estado de Direito Ambiental não deve abandonar as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito, em termos de resguardar a dignidade humana, mas deve agregar a elas uma dimensão ecológica, comprometendo-se com a estabilização e prevenção do quadro de riscos e degradação socioambientais. Fensterseifer (2008, p. 27, grifo do autor) acrescenta que:

Na edificação do Estado Socioambiental de Direito, com sua base democrática fundada na *democracia participativa* e seu marco axiológico fincado no *princípio constitucional da solidariedade*, há, na sua essência, uma tentativa de conciliação e diálogo normativo entre a realização dos direitos sociais e a proteção ambiental, enquanto projetos modernos inacabados, a cumprir com o ideal revolucionário francês em sua plenitude: *liberdade, igualdade e fraternidade*.

No atual contexto de risco e degradação ambiental é possível a caracterização do Estado de

Direito Ambiental, com enfrentamento dos problemas ambientais, abarcando todas as conquistas dos demais modelos de Estado de Direito. Portanto, o novo paradigma a ser construído pelo Estado de Direito deve obrigatoriamente conciliar os direitos liberais, sociais e ambientais num mesmo plano jurídico-político, desde que estejam todos voltados ao resguardo da dignidade da pessoa humana, à preservação dos recursos naturais e do *direito- garantia fundamental ao mínimo existencial socioambiental*⁵. É nesse sentido um trecho do voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento da ADI 4.983/CE⁶:

A Constituição de 1988 trouxe um capítulo específico sobre o meio ambiente, como parte da Ordem Social. No *caput* do art. 225 previu-se que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...), impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Trata-se de direito que tem sido reconhecido como de caráter fundamental, por sua importância em si e por ser pressuposto essencial de outros direitos fundamentais, constantes do Título II da Constituição, como o direito à vida e à saúde. Autores há que o associam diretamente à dignidade humana e ao mínimo existencial. [...] (BRASIL, 2017, p. 40).

Referida mudança de paradigma tem sua base fundada no atual Estado Democrático de Direito, do qual emergiram os direitos fundamentais de terceira dimensão, entre eles o direito a sadia qualidade de vida e a proteção ambiental, imprescindíveis à manutenção e à existência da vida humana, em todas as suas dimensões, insculpido no atual sistema constitucional.

Ademais, para evidenciar a possibilidade da efetivação de um Estado de Direito Ambiental dentro do ordenamento constitucional brasileiro, se faz necessário, ainda, o redimensionamento da relação entre ser humano e Natureza a partir de um novo marco jurídico biocêntrico, superando o paradigma jurídico antropocêntrico clássico. Nesse sentido, o reconhecimento da dignidade do

5 A preocupação doutrinária de se conceituar e definir, em termos normativos, um *padrão mínimo* em termos ambientais para a realização de uma vida *digna e saudável* justifica-se a partir da importância essencial que a qualidade (e segurança) ambiental representa para o desenvolvimento da vida humana em toda a sua potencialidade. Tais condições materiais elementares – de natureza socioambiental – constituem-se em premissas do próprio exercício dos demais direitos (fundamentais ou não), resultando, em razão da sua essencialidade para a existência humana, em uma espécie de *direito a ter e exercer os demais direitos*. Sem acesso a tais *condições existenciais básicas* (que, todavia, não podem ser compreendidas no sentido de uma redução de proteção dos direitos socioambientais a um patamar minimalista), o que inclui necessariamente um *padrão mínimo* – no sentido de necessário – de qualidade ambiental, não há que se falar em *liberdade real ou fática*, quanto menos de um padrão de vida digno. Dentre outras justificativas que se poderia invocar, também para efeitos de reconhecimento de uma garantia constitucional do *mínimo existencial socioambiental*, assume relevância a noção do dever de respeito e consideração, por parte da sociedade e do Estado, pela vida de cada indivíduo, que, de acordo com o imperativo categórico formulado por Kant (ainda que sujeito a uma releitura e contextualização) deve ser sempre tomada como um *fim em si mesmo*, em sintonia com a dignidade (e sua *dimensão ecológica*) inerente e atribuída e reconhecida a cada ser humano (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 158, grifo do autor).

6 PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. (STF. Plenário. ADI 4.983/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJ eletrônico 87, 26 abr. 2017).

animal não humano e da vida em geral como um valor intrínseco, não apenas ao ser humano, mas para todos os seres sem distinção, é uma compreensão que se impõe pelo atual núcleo central de proteção ao meio ambiente dado pela Constituição Federal.

3. O NOVO PARADIGMA DA DIGNIDADE DA VIDA PARA ALÉM DA HUMANA NO ÂMBITO JURÍDICO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Diante das ameaças cada vez mais graves ao meio ambiente é preciso reformular o conceito Kantiano antropocêntrico e individualista de dignidade, ampliando-o para incidir o reconhecimento da dignidade para além da vida humana, bem como de todas as formas de vida, à luz de uma *matriz jusfilosófica biocêntrica*, capaz de reconhecer a *teia da vida* que permeia as relações entre ser humano e natureza (CAPRA, 2003).

Por antropocentrismo entenda-se, de forma muito genérica, “toda visão de mundo que procura explicá-lo a partir do próprio ser humano” (ROCHA, 2008, p. 10), ou ainda, aquela corrente de pensamento ou tendência “que faz do homem o centro incontestável de tudo quanto se pratica e desenvolve sobre a Terra” (MILARÉ, 2014, p. 154). Para Leite (2015, p. 166), “a visão antropocêntrica tradicional caracteriza-se pela preocupação única e exclusiva com o bem-estar do homem”.

A ética antropocêntrica tradicional pode ser fundamentada no pensamento Kantiano, ao defender que o ser humano não pode ser empregado como simples *meio* (objeto) para a satisfação de qualquer vontade alheia, mas sempre deve ser tomado como *fim em si mesmo* (sujeito), em qualquer relação, seja ela com o Estado ou com os demais indivíduos (KANT, 2005). Referido pensamento implica uma visão utilitarista do ambiente e há séculos vem moldando a chamada civilização ocidental. Nesse sentido, Milaré (2014, p. 155) destaca que:

Tal fato tem se verificado nas regiões do globo em que o racionalismo, o pragmatismo e o tecnicismo encontraram grande acolhida [...]. Nesse ínterim, necessidades fundamentais de muitas comunidades são obliteradas, ao passo que necessidades artificiais e dispensáveis de uma minoria são mais e mais atendidas, quando não incentivadas pela publicidade e pela mídia. A lenta sedimentação desses antiquíssimos ‘princípios’ na cultura ocidental resultou numa dupla atitude da arrogância humana em face do mundo natural: ímpetos de cruel dominação e usufruto pragmatista dos recursos. [...] Nesse contexto, o homem oprime outro homem, fazendo da natureza a mediadora de exploração, como é o caso dos países ricos credores que extraem dos pobres, devedores, o que lhes resta de recursos naturais.

Importante mencionar que o antropocentrismo, na visão de Leite (2015, p. 165-166, grifo do autor), pode ser desmembrado em ‘economicocentrismo’ e em ‘antropocentrismo alargado’, como se verifica:

O economicocentrismo reduz o bem ambiental a valores de ordem econômica, fazendo com que qualquer consideração ambiental tenha como ‘pano de fundo’ o proveito econômico pelo ser humano. Já o antropocentrismo alargado, mesmo centrando as discussões a respeito de ambiente na figura do ser humano, propugna por novas visões do bem

ambiental. Assim, centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente.

Verifica-se que a forma de pensar do antropocentrismo tradicional levará, a cada dia, a uma crescente e indiscriminada devastação ambiental. Essa pode tornar-se “ameaça endêmica ou epidêmica à qualidade de vida humana, um caminho sem retorno” (MILARÉ, 2014, p. 156). No entanto, há, por conseguinte, a evolução de um panorama bem menos antropocêntrico em que os valores de proteção da natureza recebem uma atenção, com a construção, inclusive, de uma nova ética ambiental (LEITE, 2015).

A *contrario sensu*, há a ecologia profunda que apresenta um sistema de valores pelo qual “defende que o homem deve integrar-se ao meio ambiente, não separando os seres humanos do meio ambiente natural” (BELCHIOR, 2011, p. 182). Ou ainda, visa a fundamentar a ideia de que o ser humano precisa integrar-se ao meio ambiente, “com o objetivo de fortalecer – e, de certa forma, desvelar - cada vez mais o elo vital entre ser humano e Natureza, possibilitando, a partir de tal tomada de consciência, a nossa existência futura” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 61). Para Leite (2015, p. 167):

A ecologia profunda atenta para um paradigma de compreensão do mundo, relegando uma concepção mecanicista baseada em ciências que têm como objetos cognoscíveis realidades estanques e buscando uma compreensão holística espiritualizada na qual o ‘eu’ e a natureza não são distintos.

Os defensores da ecologia profunda (não antropocêntrica), seja na visão biocêntrica ou zoocêntrica (ecocêntrica), apontam fundamentos teóricos, filosóficos e éticos para a defesa do direito dos animais e da natureza. Sustenta-se, por conseguinte, a possibilidade de ‘animais não humanos’, assim como a natureza, serem sujeitos de direito, ao impor uma nova fundamentação ecológica da dignidade humana, como mencionam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 117, grifo do autor):

A inquestionável consagração da proteção ambiental no âmbito jusfundamental e o reconhecimento da qualidade de vida como elemento normativo integrante do princípio da dignidade da pessoa humana acarretam a necessidade de uma reformulação conceitual da dignidade da própria pessoa humana, de tal sorte que esta venha a guardar sintonia com os novos valores ecológicos. [...] A atribuição de dignidade a outras formas de vida ou à vida em termos gerais transporta a ideia de respeito e responsabilidade que deve pautar o comportamento do ser humano para com tais manifestações existenciais. Nesse contexto, para além de uma *compreensão especista da dignidade*, que parece cada vez mais frágil diante do quadro existencial contemporâneo e dos novos valores culturais de matriz ecológica, deve-se avançar nas construções morais e jurídicas no sentido de ampliar o espectro de incidência do valor dignidade para outras formas de vida e para a Natureza em si.

Destaca-se um forte grupo de pensadores, incluindo não só juristas, mas também filósofos e teólogos, que defendem uma ética ambiental por meio de uma preocupação com valores e deveres em relação ao mundo natural. “Apenas uma nova *cultura ambiental* poderá coibir a reiteração de

práticas lesivas, hoje disseminadas e, por ainda, toleradas” (NALINI, 2010, p. 27). De acordo com Boff (2004b, p. 27-28, grifo do autor):

Importa construir um novo *ethos* que permita uma nova convivência entre humanos com os demais seres da comunidade biótica, planetária e cósmica; que propicie um novo encantamento face à majestade do universo e à complexidade das relações que sustenta todos e cada um dos seres. [...] De onde vamos derivar esse novo *ethos* civilizacional? Ele deve emergir da natureza profunda do ser humano. De dimensões que sejam por um lado fundamentais e por outro compreensíveis para todos. Se não nascer do cerne essencial do ser humano, não terá seiva suficiente para dar sustentabilidade a uma nova florada humana com frutos sadios para a posteridade.

Ressalte-se que apesar das limitações dos pensamentos advindos da ecologia profunda, inegável é a sua importância para o aperfeiçoamento ético da proteção jurídica do meio ambiente, bem como para um melhor entendimento da complexidade do significado de sistema ecológico. O fato é que o modo de vida humano não consegue, ainda, abandonar a ideia de que o ambiente é, de alguma forma, servil (LEITE, 2015).

Entre as duas formas de entender a natureza – antropocentrismo e ecologia profunda – surgiu o antropocentrismo alargado ou ecocentrismo moderado, que “inclui a responsabilidade do homem para com a natureza e com a equidade geracional (solidariedade), e, ainda, a necessidade de valores e fundamentos éticos em relação aos outros seres” (BELCHIOR, 2011, p. 185). Entende Gomes (2010, p. 31) que:

A visão ecocêntrica, levada ao extremo, é tão inoperativa como a perspectiva antropocêntrica - porque é, além de irrealista, tecnicamente impossível (os recursos naturais, não tendo personalidade jurídica, não são sujeitos de direito). Mas só um passo firme na direção de um ecocentrismo moderado – sem pôr em causa, naturalmente, o valor do Homem em face da Natureza – ajudaria a dignificar o Direito do Ambiente e a banir, de uma vez por todas, a visão utilitarista.

Para Leite (2015, p. 166), o ‘alargamento’ da visão antropocêntrica reside justamente em considerações que imprimem ideias de autonomia do ambiente como requisito para a sobrevivência da própria espécie humana. “Aqui, o ambiente não é visto como passaporte à acumulação de riqueza, sendo compreendido como elementar à vida humana digna”. A natureza não pode ser vista como simples objeto, conferindo ao ser humano a capacidade de fazer o que bem entender. Carvalho (2017, p. 127) demonstra que:

O alargamento do antropocentrismo se dá a partir de três vias possíveis de expansão frente ao antropocentrismo clássico (economicocêntrico). São elas: (i) a equidade intergeracional, (ii) o direito dos animais; e (iii) a constatação evidente de que o homem é elemento integrante de uma comunidade biótica (*extended stewardship ideology*).

Para essa visão, o ser humano precisa desenvolver uma ética ecológica, que exige uma mudança de atitude individual e, ainda, com responsabilidade. Para Boff (2004a, p. 51, 52) a “responsabilidade surge quando nos damos conta das consequências de nossos atos sobre os outros e a natureza”. E acrescenta: “a responsabilidade revela o caráter ético da pessoa. Ela se percebe co-

responsável junto com as forças diretivas da natureza pelo futuro da vida e da humanidade”.

Informa Rocha (2008, p. 31, grifo do autor) que:

Na medida em que a espécie humana se conscientiza da sua responsabilidade por alterações adversas ao meio ambiente, e que a preservação dos processos ecológicos essenciais é condição para a preservação da dignidade da pessoa humana, que não pode vicejar onde as condições de sustentabilidade da vida não estejam garantidas, as visões filosoficamente antagônicas tendem a confluir para um *antropocentrismo ecológico*.

Verifica-se, ainda, ser indispensável uma nova ética ambiental baseada em valores ecológicos globais e geracionais, em que se busque “a construção de uma comunidade moral baseada em valores e normas codificados pelo direito e/ou ritualizados pelo costume, tendo como referência o respeito ao meio ambiente natural” (DIAS, 2009, p. 108), bem como um dever de responsabilidade para com as gerações vindouras. Defendem Sarlet e Fensterseifer (2007, p. 92, grifo do autor) que:

Quando se fala em “bem-estar animal”, tal compreensão não passa pelo tratamento dos animais como se humanos fossem, mas sim pelo respeito à sua condição animal e identidade natural. Em outras palavras, a dignidade humana implica dever de respeito e consideração para com a vida não-humana e o reconhecimento de uma dignidade (valor intrínseco) das formas não humanas de vida, vista que a dignidade da pessoa humana, embora tenha uma dimensão ecológica, não se confunde com a dignidade da vida, o que também deve ser sempre considerado na discussão sobre eventual embate entre direitos humanos e fundamentais e os interesses (ou direitos?) inerentes à vida não humana.

Portanto, há que se defender uma ética intergeracional, baseada no princípio da solidariedade e da responsabilidade, marco teórico para se alcançar o Estado de Direito Ambiental. Esse é o caminho possível para uma nova relação do homem com o meio ambiente e, por conseguinte, consigo mesmo, imprescindível para a reconstrução de uma nova lente para se ver a realidade (BELCHIOR, 2011). Afirmam Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 62, grifo do autor):

Assim, especialmente em relação aos animais não humanos, deve-se reformular o conceito de dignidade, objetivando o reconhecimento de um *fin em si mesmo*, ou seja, de um valor intrínseco conferido aos seres sensitivos não humanos, que passam a ter reconhecimento o seu status moral e dividir com o ser humano a mesma comunidade moral. Tais considerações implicam o reconhecimento de deveres jurídicos a cargo dos seres humanos, tendo como beneficiários os animais não humanos e a vida em geral.

Para Benjamin (2015), é possível agrupar os deveres ambientais encontrados na Constituição Federal em quatro categorias. A primeira se encontra no *caput* do art. 225⁷, onde há uma obrigação explícita genérica, substantiva e positiva de defesa e preservação do meio ambiente (“impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo”).

A segunda categoria também se encontra abrigada no *caput* do art. 225. No entanto, nesse caso, o texto constitucional forjou uma obrigação genérica, substantiva e negativa, mas implícita, de não degradar o meio ambiente. Em ambos os casos, se verificam deveres *erga omnes*, estando o

⁷ 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 (BRASIL, 1988).

Poder Público, os indivíduos e a coletividade coobrigados indistintamente.

Já a terceira diz respeito a um conjunto amplo de deveres explícitos e especiais do Poder Público, independentemente de ser ele ou não o degradador. Dispostos no art. 225, *caput*, e § 1º, o constituinte originário quis afastar qualquer dúvida sobre a índole cogente das determinações dirigidas a todo o Estado, na sua posição bifronte de legislador e de implementador administrativo e judicial do ordenamento.

Por último, se encontra um leque de deveres explícitos e especiais, exigíveis de particulares ou do Estado (art. 225, §§ 2º e 3º), em que este passa a ocupar a posição de degradador potencial ou real. Ressalta-se, porém, que o rol de deveres aqui mencionado não é taxativo, existindo outros deveres na legislação infraconstitucional.

Note-se que o dever fundamental ambiental é aquele que está implícito ou explícito na Constituição. Há também aqueles deveres que estão fora do texto Constitucional, que seriam os deveres ordinários ou legais e os que independem do Estado para sua concretização, os deveres meramente morais. Contudo, ninguém duvida que exista, pelo menos, interesse pedagógico e importância espiritual e ética que reveste os deveres fundamentais do cidadão, já que os humanos não vivem isolados (ANDRADE, 2001).

O ser humano, na condição de cidadão, torna-se titular do direito ao ambiente equilibrado e também sujeito ativo do dever fundamental de proteger o ambiente. Sem a menor dúvida, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado foi elevado a direito fundamental da humanidade, pois é, como direito individual e transindividual, bem como dever do Poder Público e dos indivíduos, um dos institutos jurídicos mais modernos com a finalidade de assegurar uma vida digna e saudável na Terra (TEIXEIRA, 2006).

Nesse contexto, entre as medidas previstas pela Constituição Federal para garantir o meio

-
- 8 § 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; II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; 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; IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; 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 (BRASIL, 1988).
- 9 § 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei (BRASIL, 1988).
- 10 § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados (BRASIL, 1988).

ambiente equilibrado já citadas, importante destacar o art. 225, § 1º, VII, que impõe ao poder público o dever de “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”.

Tem sido verificada, através de reiteradas jurisprudências, entre os variados tribunais superiores, a presença de uma versão moderada do antropocentrismo, demonstrada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no voto do Ministro Roberto Barroso na ADI 4.983/CE¹¹:

[...] Embora a norma constitucional presente no art. 225, *caput*, tenha feição nitidamente antropocêntrica, a Constituição a equilibra com o biocentrismo por meio de seus parágrafos e incisos. É por essa razão que é possível afirmar que o constituinte não endossou um antropocentrismo radical, mas sim optou por uma versão moderada, em sintonia com a intensidade valorativa conferida ao meio ambiente pela maioria das sociedades contemporâneas. Além disso, o fato de a Constituição Federal de 1988 ser a primeira entre as constituições brasileiras a se importar com a proteção da fauna e da flora é bastante representativo dessa opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte (BRASIL, 2017, p. 41).

Verifica-se que Constituição Federal de 1988 pela primeira vez se importa com a proteção da fauna e da flora, se revestindo da opção antropocêntrica moderada feita pelo constituinte. Além disso, avançou no campo da ética animal, sendo uma das poucas no mundo a vedar expressamente a crueldade contra eles. Nesse sentido, o constituinte sinaliza o reconhecimento do valor inerente a outras formas de vida não humanas, sendo este o entendimento de Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 106, grifo do autor):

Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra animais, o constituinte revela de forma clara a sua preocupação com o bem-estar dos animais não humanos e a refutação de uma visão meramente instrumental da vida animal. A CF88 também traz de forma expressa no mesmo dispositivo a tutela da *função ecológica da flora e da fauna*, o que dá a dimensão de sistema ou ecossistema ambiental, no sentido de contemplar a proteção jurídica ampla e integrada dos recursos naturais e da Natureza em si. Dessa forma, ao que parece, a ordem constitucional está a reconhecer a vida animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo Kantiano.

Posiciona-se Amaral (1996, p. 162) no sentido de que, quando se está a legislar contra a crueldade em relação aos animais, em verdade não se está a proteger a “delicadeza dos sentimentos do ser humano em face aos animais”, mas sim o animal em si mesmo, atribuindo-lhe um valor intrínseco. Assim, é possível afirmar uma tendência contemporânea no sentido de uma proteção

11 PROCESSO OBJETIVO – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS – CRUELDADE MANIFESTA – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. STF. Plenário. ADI 4.983/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJ eletrônico 87, 26 abr. 2017 (BRASIL, 2017).

constitucional da fauna e da flora, bem como da natureza em si, inclusive contra atos predatórios e de crueldade praticados pelo ser humano, possuindo um conteúdo de indignidade.

Neste sentido, a estreita associação entre a tutela constitucional do ambiente, incluindo-se a proteção da flora e da fauna, os direitos fundamentais e a dignidade além da humana, foi percebida por diferentes ministros no voto que proferiram na ADI 4.983/CE¹². Convém citar o trecho do voto da Ministra Rosa Weber:

O atual estágio evolutivo da humanidade impõe o reconhecimento de que há dignidade para além da pessoa humana, de modo que se faz presente a tarefa de acolhimento e introjeção da dimensão ecológica ao Estado de Direito. A pós-modernidade constitucional incorporou um novo modelo, o do Estado Socioambiental de Direito [...] (BRASIL, 2017, p. 73).

Por outro lado, o Ministro Roberto Barroso destacou, com razão, no julgamento da ADI 4.983/CE¹³, o caráter autônomo da vedação da crueldade contra animais, a qual deve ser respeitada independentemente de avaliação do equilíbrio ambiental:

Portanto, a vedação da crueldade contra animais na Constituição Federal deve ser considerada uma norma autônoma, de modo que sua proteção não se dê unicamente em razão de uma função ecológica ou preservacionista, e a fim de que os animais não sejam reduzidos à mera condição de elementos do meio ambiente. Só assim reconheceremos a essa vedação o valor eminentemente moral que o constituinte lhe conferiu ao propô-la em benefício dos animais sencientes. Esse valor moral está na declaração de que o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie (BRASIL, 2017, p. 42).

Assim, diante da consagração da proteção ambiental como direito fundamental e o reconhecimento da qualidade de vida como elemento normativo integrante do princípio da dignidade da pessoa humana em uma dimensão ecológica, se faz necessário um reconhecimento de uma dignidade da vida não humana. Defendem Sarlet e Fensterseifer (2017, p. 117-118, grifo do autor) que:

De tal sorte, defende-se, a consagração de um *status moral* dos animais sensitivos não humanos, que passam, nesse sentido, a integrar uma comunidade moral partilhada com os seres humanos, o que, por si só, constitui certamente um possível fundamento para o reconhecimento da *dignidade do animal não humano*. [...] Dessa forma, a ordem constitucional está a reconhecer a vida do animal não humano e a Natureza em geral como um fim em si mesmo, de modo a superar ou ao menos relativizar o antropocentrismo Kantiano e reconhecer à vida e à Natureza de um modo geral como sendo digno e exigente de proteção jurídico-constitucional.

A respeito do enunciado constitucional disposto no artigo 225, §1º, VII, que expressamente veda práticas que “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade” (BRASIL, 1988), bem como a tutela da função ecológica da flora e da fauna, o Supremo Tribunal Federal¹⁴ (BRASIL, 2017; 2011; 2007; 2005; 1998), até o momento, tem favorecido a formação de

12 STF. Plenário. ADI 4.983/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJ eletrônico 87, 26 abr. 2017 (BRASIL, 2017).

13 STF. Plenário. ADI 4.983/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJ eletrônico 87, 26 abr. 2017 (BRASIL, 2017).

14 [...] VAQUEJADA - MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ANIMAIS CRUELDADE MANIFESTA -

uma jurisprudência coerente com as tarefas de um Estado ambiental. Embora o STF não tenha se posicionado sobre a atribuição de direitos aos animais ou outras formas de vida não humanas, tem reconhecido a vida animal como um fim em si mesma, de modo a superar o antropocentrismo clássico, nos moldes da teoria kantiana, admitindo uma dignidade também para a vida não humana.

Nesse sentido, em consonância com a jurisprudência do STF, tem sido a grande maioria dos julgamentos dos Tribunais de Justiça de todo o Brasil. Convém mencionar o desenvolvimento do acórdão relatado pelo Desembargador Renato Nalini¹⁵, do Tribunal de Justiça do Estado de São

PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada. STF. Plenário. ADI 4.983/CE. Rel.: Min. Marco Aurélio. 6/10/2016, maioria. DJ eletrônico 87, 26 abr. 2017 (BRASIL, 2017). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) – LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA – DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA – CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) – MEIO AMBIENTE – DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART.225) – PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE META INDIVIDUALIDADE – DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE – PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, §1º, VII) – DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL – RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA – AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES – NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA – INCONSTITUCIONALIDADE. – A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi” (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. [...] - STF. Plenário. ADI 1.856/RJ. Rel.: Min. CELSO DE MELLO. 26/5/2011, un. DJe 198, 13 out. 2011 (BRASIL, 2011). INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Lei nº 7.380/98, do Estado do Rio Grande do Norte. Atividades esportivas com aves das raças combatentes. ‘Rinhas’ ou ‘Brigas de galo’. Regulamentação. Inadmissibilidade. Meio Ambiente. Animais. Submissão a tratamento cruel. Ofensa ao art. 225, § 1º, VII, da CF. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a lei estadual que autorize e regulamente, sob título de práticas ou atividades esportivas com aves de raças ditas combatentes, as chamadas ‘rinhas’ ou ‘brigas de galo’. STF. Plenário. ADI 3.776/RN. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 14/6/2007, un. DJe 47, 28 jun. 2007 (BRASIL, 2007). AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 11.366/00 DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ATO NORMATIVO QUE AUTORIZA E REGULAMENTA A CRIAÇÃO E A EXPOSIÇÃO DE AVES DE RAÇA E A REALIZAÇÃO DE ‘BRIGAS DE GALO’. A sujeição da vida animal a experiências de crueldade não é compatível com a Constituição do Brasil. Precedentes da Corte. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente. STF. Plenário. ADI 2.514/SC. Rel.: Min. EROS GRAU. 29/6/2005, un. DJ, 9 dez. 2005 (BRASIL, 2005). COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS – CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado “farra do boi”. STF. Segunda Turma. Recurso extraordinário 153.531/SC. Rel. (com voto vencedor): Min. FRANCISCO REZEK. Redator para acórdão: Min. MARCO AURÉLIO. 3/6/1997, maioria. DJ, 13 mar. 1998 (BRASIL, 1998).

- 15 SENTENÇA - NULIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM, ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E CERCEAMENTO DE DEFESA EM RAZÃO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - INOCORRÊNCIA - PARTES SÃO LEGÍTIMAS E HÁ SUFICIÊNCIA DAS PROVAS EXISTENTES NOS AUTOS PARA A CONCRETA DECISÃO DA LIDE - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL - RODEIO - OBRIGAÇÃO DE FAZER - CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MATÃO, DO CLUBE HÍPICO E DE RODEIO DE MATÃO E DE LUIZ ROBERTO PEDRO ANTÔNIO - MUNICIPALIDADE CONDENADA A CONSIGNAR NOS ALVARÁS EXPEDIDOS E CONTRATOS QUE

Paulo, nos autos da Apelação Cível nº 9229895-64.2003.8.26.0000 (SÃO PAULO, 2011), merecendo destaque duas referências centrais destacadas pelo relator: a de que todas as formas de vida merecem e se encontram sob a proteção da Constituição Federal e a de que a ordem constitucional brasileira acolhe um modelo de proteção baseado na afirmação de um pluralismo moral. Observa Ayala (2015, p. 460) sobre o referido julgamento que:

Ainda que não seja possível desenvolver de forma consensual o argumento de que a proteção dos animais não humanos se encontre sobre o fundamento da dignidade (ou do mesmo grau de dignidade que assegura os níveis de proteção ao homem), a ordem constitucional brasileira lhes reconhece proteção e, sob a direção desse objetivo/compromisso de uma República ecologicamente sensível, todas as iniciativas, públicas ou privadas, legislativas, executivas ou judiciais devem ser conformadas para o fim de lhes assegurar plena capacidade de desenvolvimento da vida.

Por fim, também no mesmo viés de decisões que seguem um constitucionalismo ecológico, no sentido de reconhecer a dignidade além da vida humana, merece destaque a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp 1.797.175/SP¹⁶, da relatoria do ministro Og Fernandes (BRASIL, 2019), que além de reconhecer a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, atribuiu também dignidade e direito ao animal, mantendo a guarda do papagaio “Verdinho” que vivia com sua dona, Senhora Maria Angélica Uliana, por aproximadamente 23 (vinte e três) anos.

Ressalta-se que a referida decisão, diferentemente das demais apontadas, ultrapassou a visão antropocêntrica alargada rumo a um novo paradigma jurídico biocêntrico, no sentido de não só reconhecer a dignidade do animal, mas, além disso, seu reconhecimento como sujeito de direitos. O relator Og Fernandes afirma que “na verdade, o que devemos repensar e rediscutir é que esses

FIRMAR PARA A REALIZAÇÃO DE FESTAS DE RODEIO OU QUALQUER OUTRA DO GÊNERO, QUE É PROIBIDA A UTILIZAÇÃO DE SEDEM, ESPORAS, PEITEIRAS, LAÇOS, SINOS, DROGAS ESTIMULANTES, CHOQUES ELÉTRICOS OU OUTROS INSTRUMENTOS QUE CAUSEM MAUS TRATOS AOS ANIMAIS, SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (TJSP; Apelação Cível 9229895-64.2003.8.26.0000; Relator (a): José Renato Nalini; Órgão Julgador: N/A; Foro de Matão - 3ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 10/11/2011; Data de Registro: 05/12/2011).

- 16 ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL. NÃO CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. MULTA JUDICIAL POR EMBARGOS PROTETÓRIOS. INAPLICÁVEL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 98 DO STJ. MULTA ADMINISTRATIVA. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. INVASÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. GUARDA PROVISÓRIA DE ANIMAL SILVESTRE. VIOLAÇÃO DA DIMENSÃO ECOLÓGICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA. 1. Na origem, trata-se de ação ordinária ajuizada pela recorrente no intuito de anular os autos de infração emitidos pelo Ibama e restabelecer a guarda do animal silvestre apreendido. [...] 5. No que atine ao mérito de fato, em relação à guarda do animal silvestre, em que pese à atuação do Ibama na adoção de providências tendentes a proteger a fauna brasileira, o princípio da razoabilidade deve estar sempre presente nas decisões judiciais, já que cada caso examinado demanda uma solução própria. Nessas condições, a reintegração da ave ao seu habitat natural, conquanto possível, pode ocasionar-lhe mais prejuízos do que benefícios, tendo em vista que o papagaio em comento, que já possui hábitos de ave de estimação, convive há cerca de 23 anos com a autora. Ademais, a constante indefinição da destinação final do animal viola nitidamente a dignidade da pessoa humana da recorrente, pois, apesar de permitir um convívio provisório, impõe o fim do vínculo afetivo e a certeza de uma separação que não se sabe quando poderá ocorrer. 6. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.797.175/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, Data do julgamento: 21/03/2019, T2 – Segunda Turma, Data da Publicação: DJe 28/03/2019).

seres vivos não humanos deixem de ser apenas meios para que a espécie humana possa garantir a sua própria dignidade e sobrevivência” (BRASIL, 2019).

Com efeito, o STJ tem se colocado na vanguarda no campo de jurisprudência ambiental, notadamente com a mencionada decisão, eis que há uma tendência de diversas Cortes Internacionais no sentido de atribuir e reconhecer direitos aos animais não humanos, bem como à Natureza, sendo de grande contribuição para o fortalecimento do constitucionalismo ecológico brasileiro, o que implica em reconhecer os direitos de titularidade dos animais não humanos e da Natureza, como também o reconhecimento do seu status jurídico de sujeitos de direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O constituinte brasileiro, atento à crise ambiental instalada no mundo, pelos efeitos degradadores ao meio ambiente, sedimentou e positivou os alicerces normativos de um constitucionalismo ecológico, orientado por princípios, garantias e proteção aos direitos fundamentais, especificamente os de terceira dimensão, entre eles o meio ambiente, consagrando-se a dignidade humana como princípio norteador do modelo vigente de Estado Democrático de Direito.

Entretanto, para que se cumpram as determinações constitucionais de dar efetividade ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando se instalar uma nova ordem pública ambiental, o chamado Estado de Direito Ambiental, é preciso um redimensionamento dos institutos jurídicos existentes, bem como o reconhecimento e a criação de novos institutos jurídicos para se tornar possível o fenômeno da ecologização do Estado e do Direito.

Para tanto, no contexto constitucional atual, há que se reconhecer que se consolida a formação de uma dimensão ecológica da dignidade humana, com viés de um bem estar ambiental e social indispensável a uma vida digna, saudável e segura, sendo indispensável, para esse desiderato, se obter um patamar mínimo de qualidade ambiental para se concretizar a vida humana com dignidade.

Além disso, tem-se dado uma reformulação no conceito de dignidade, para um reconhecimento de um novo paradigma de uma dignidade além da humana, atribuindo-se direitos aos animais ou outras formas de vida não humanas e à Natureza, conferindo-se aos seres sensitivos não humanos o reconhecimento de um fim em si mesmo, de modo a superar o antropocentrismo clássico, nos moldes da teoria kantiana, admitindo uma dignidade também para a vida não humana.

Nesse sentido, não há mais espaço para uma ética antropocêntrica tradicional, mas a defesa de uma nova ética ambiental com visão ecocêntrica moderada, na qual tem se dado um redimensionamento do papel do Estado e do direito na sociedade em prol de um meio ambiente

sadio e equilibrado a partir da norma do artigo 225 da Constituição Federal, como se tem visto pela atuação judicial, que tem elevado o país na vanguarda da tutela dos direitos ambientais, assegurando o bem estar não apenas do ser humano, mas também dos animais.

Dessa forma, só é possível ao ser humano desfrutar de um meio ecologicamente equilibrado, como um direito fundamental com dimensão ecológica, com qualidade ambiental, de forma segura e digna, se todo o ambiente, incluindo aqui os seres sensientes, estiver também sob a salvaguarda do ordenamento constitucional brasileiro, com o reconhecimento da dignidade para todos, no mesmo patamar, inclusive aos animais não humanos e à Natureza, passando estes a ser juntamente com os humanos considerados como um fim em si mesmos, e não como meros objetos.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. **Direito Ambiental**. 3. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2015 (Coleção Resumos para Concursos, v. 16).

AMARAL, D. F. do. **Acesso a justiça em matéria de ambiente e de consumo**. In: Textos Ambiente e Consumo, Volume I. Lisboa: Centro de Estudos Jurídicos, 1996.

ANDRADE, J. C. V. de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

AYALA, P.de A. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 412-475.

BATISTA, C.K. L. Os reflexos da Declaração Universal dos Direitos Humanos no panorama ambiental constitucional brasileiro e a necessária efetividade da tutela jurisdicional ambiental. In: PRADO, A. M.; CALIL, M. L. G.; OLIVEIRA, R. S. de. **Constituição e direitos humanos: 20 anos da Constituição Federal e 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Birigui: Boreal, 2009, p. 30-45.

BELCHIOR, G. P. N. **Hermenêutica jurídica ambiental**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BENJAMIN, A. H. de V. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83-156.

BOFF, L. **Ética e moral: a busca dos fundamentos**. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004a.

_____. **Saber cuidar: ética do humano - compaixão pela terra**. 10. ed. Petrópolis: Vozes, 2004b.

BONAVIDES, P. **Teoria constitucional da democracia participativa**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOSELDMANN, K. Direitos humanos, meio ambiente e sustentabilidade. In: SARLET, I. W. (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 73-109.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2ª Turma). **Recurso especial nº 1.797.175/SP**. Relator: Ministro Og Fernandes. Diário da Justiça eletrônico, 28 mar. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800312300&dt_publicacao=13/05/2019>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983/CE**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Distrito Federal, 10 out. 2016, maioria. Diário da Justiça eletrônico 87, 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4425243>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 1.856/RJ**. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 26 maio 2011, unânime. Diário da Justiça eletrônico 198, 13 out. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.776/RN**. Relator: Ministro Cezar Peluso. Distrito Federal, 14 jun. 2007, unânime. Diário da Justiça eletrônico 47, 28 jun. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.514/SC**. Relator: Ministro Eros Grau. Distrito Federal, 29 jun. 2005, unânime. Diário da Justiça, 08 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 153.531/SC**. Relator: Ministro Francisco Rezek. Distrito Federal, 03 jun. 1997, maioria. Diário da Justiça 13 mar. 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

CANOTILHO, J. J. G. Direito constitucional ambiental português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 23-33.

_____. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. In: BORATTI, L. V.; FERREIRA, H. S.; LEITE, J. R. M. **Estado de direito ambiental: tendências**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 31-44.

CAPRA, F.. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. 8. ed. São Paulo:

Cultrix, 2003.

CARVALHO, D. W. de. **Gestão jurídica ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____; ROCHA, L. S. Policontextualidade e direito ambiental reflexivo. **Revista Sequência**, Florianópolis, v. 27, n. 53, p. 9-28, dez. 2006.

CONFERÊNCIA das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, 1., 1972, Estocolmo. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**. Suécia: Organização das Nações Unidas, jun. 1972.

DIAS, R. **Marketing ambiental**: ética, responsabilidade social e competitividade nos negócios. 1.ed. - 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

FENSTERSEIFER, T. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**: A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, C. A. **Direito ambiental**: o ambiente como objeto e os objetivos do direito do ambiente. Curitiba: Juruá, 2010.

KANT, I. **Crítica da razão pura**: texto integral. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P de A. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (Orgs). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 157-242.

LIBERATI, W. D. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MILARÉ, É. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. 3. ed. Campinas: Millennium, 2010.

NUNES JUNIOR, A. T. **O Estado ambiental de Direito**. Revista de Informação Legislativa, Distrito Federal: Senado Federal, v. 41, n. 163, p. 295-307, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/996>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PINHO, R. C. R. P. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais**. 15. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2015 (Coleção Sinopses Jurídicas, v. 17).

PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROCHA, J. C. de C. **Direito ambiental e transgênicos**: princípios fundamentais da biossegurança. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação cível nº 9229895-64.2003.8.26.0000**. Apelante: Prefeitura Municipal de Matão. Apelada: Ministério Público. Relator: Des. Renato Nalini, j. 10 nov. 2011. Diário da Justiça eletrônico 198, 13 out. 2011. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?cdAcordao=5584108&cdForo=0>>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SARLET, I. W. O Constitucionalismo brasileiro em perspectiva histórico-evolutiva. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 236-358.

_____. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 259-359.

_____; FENSTERSEIFER, T. **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral**. Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador: Bahia, v. 2. n. 3, p. 69-94, 2007. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10358>. Acesso em 03 jul. 2019.

_____; FENSTERSEIFER, T. **Direito ambiental constitucional: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; FENSTERSEIFER, T. Estado Socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas considerações. In: SARLET, I. W. (Org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.

SOARES, D. V. Consumo e cidadania. In: DIAS, J. C.; KLAUTAU FILHO, P (coord.). **Direitos fundamentais, teoria do direito e sustentabilidade**. São Paulo: Método, 2010, p. 67-95.

TEIXEIRA, O. P. B. **O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

A INTERRUPTÃO ESPONTÂNEA DA GESTAÇÃO ENQUANTO EXPRESSÃO DA FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE LIBERDADE DA MULHER NAS DEMOCRACIAS BRASILEIRA E ALEMÃ

João Carlos Lavigne de Lemos TAVARES
Marina Rodrigues Peres FONSECA¹

RESUMO

O presente estudo se propõe a apresentar os avanços civilizatórios e as efetivas conquistas no cenário da democracia brasileira e alemã diante da construção social dos direitos da mulher. Por meio do processo de observação histórica, pretende-se alcançar os dias atuais e identificar nestas duas sociedades o estado atual de reconhecimento e de efetivação do direito fundamental de autodeterminação da mulher no que pertence à possibilidade de interrupção espontânea da gestação sem que esse ato seja alcançado pelas leis penais. Ainda, a metodologia dedutiva e a teoria do direito como integridade servirão de guia para embasar as decisões notadamente das cortes constitucionais a respeito do crime de aborto. Se na Alemanha esse reconhecimento já se encontra consolidado, estando aquela democracia passo à frente na proteção dos direitos reprodutivos e da dignidade da mulher, cá entre nós o processo de concretização desses mesmos direitos ainda se descortina como uma frágil expectativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais da mulher; historicidade; aborto; descriminalização; integração do direito.

ABSTRACT

The present study proposes to present the civilizational advances and the actual achievements in the scenario of Brazilian and German democracy before the social construction of women's rights. Through the historical observation process, it is intended to rise to the present day and to identify in those two societies the current state of recognition and effectiveness of the fundamental right of self-determination of women in what concerns about the possibility of spontaneous interruption of pregnancy without this act being achieved by the criminal laws. Moreover, the deductive methodology and the Legal Theory as integrity will suit as a guide to support the decisions, specially the constitutional courts regarding the crime of abortion. If this recognition in Germany is already consolidated, and that democracy is a step forward in the protection of the reproductive rights and the dignity of women, the process of realizing there same rights among us still seems to be a fragile expectation.

KEYWORDS: Fundamental rights of women; historicity; abortion; decriminalization; integration of law.

INTRODUÇÃO

Nos dois últimos séculos, de um modo geral e mais fortemente, a humanidade tem assistido uma espécie de revolução social relacionada às pautas reivindicatórias de diversos grupos sociais absolutamente calados durante a franca construção das sociedades modernas.

Ao lado desses movimentos identitários de reconhecimento social, apresenta-se uma

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná.

produção teórica de fôlego, objetivando a consolidação e efetivação dos direitos de referidas minorias.

O presente artigo busca descortinar cronologicamente os principais momentos que marcaram a história da construção dos direitos da mulher, por meio do enfoque da fundamentalidade desses direitos em dois cenários distintos, Brasil e Alemanha.

Tendo então como base inicial a pesquisa histórica como metodologia de apresentação e desenvolvimento do fenômeno de efetivação dos direitos da mulher em referidos cenários, o presente artigo buscará, num segundo momento, apresentar o estado atual da arte nestas citadas democracias, a partir da reflexão sobre os direitos reprodutivos da mulher enquanto expressão da sua autonomia e autodeterminação.

Para tanto, a criminalização do aborto, seguida da despenalização ou da não recepção dos tipos penais, servirá de norte para estas considerações. O trabalho se propõe a analisar, por intermédio das lentes da ação de descumprimento de preceito fundamental, em tramitação pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, o reconhecimento desta teoria que legitima os direitos fundamentais da mulher.

A teoria da integração do direito proposta por Dworkin, que consagra a construção sistêmica dos conceitos, utilizando a coerência cronológica das decisões como sucedâneo metodológico, descortina, cá entre nós, um norte que se apresenta seguro para o reconhecimento dos direitos em questão, sinalizando para a procedência da demanda noticiada [ADPF 442].

Pari passu, o artigo se propõe a localizar, no direito comparado, mais especificamente na Alemanha, o reconhecimento legal dos preceitos que aqui buscamos efetivar. Naquela democracia, há décadas, já são reconhecidos os valores inerentes à pessoa humana mulher, protegendo seus direitos à autodeterminação como expressão dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade.

Um passo à frente nestas conquistas, a Alemanha busca agora democratizar o acesso à informação médica nos processos de interrupção da gestação, indicando a necessidade de descriminalização de condutas médicas que permitam à mulher grávida ser francamente informada de seus direitos, ter assistência plena e autonomia para decidir os rumos de sua própria vida.

Esse estudo comparativo servirá ainda de alicerce para a concretização dos direitos fundamentais da mulher no cenário da democracia brasileira.

Por meio do acervo bibliográfico e da metodologia dedutiva, busca-se apresentar a dicotomia entre a proteção dos direitos do feto, identificado pela teoria da integração do direito como alvo de proteção pelo direito comum, em contraposição aos direitos da mulher, reconhecidos na essência da sua fundamentalidade.

1 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DOS DIREITOS DA MULHER ATRAVÉS DAS LUTAS SOCIAIS NO BRASIL E NA ALEMANHA — MAIS DE UM SÉCULO DE RESISTÊNCIA

1.1 A perspectiva do cenário brasileiro

Historicamente, não apenas no Brasil, mas em toda a civilização ocidental, a mulher esteve no papel de coadjuvante da narrativa masculina. Enquanto o homem protagonizava a conquista de novas terras, riquezas e, principalmente, de direitos, a mulher permanecia submissa, cumprindo seu papel secundário no desenvolvimento da história androcêntrica.

O controle masculino sobre a mulher foi uma ferramenta essencial na desenvoltura e manutenção da estrutura social patriarcalista que hoje temos no cenário brasileiro; controle este sancionado pelo Código Civil de 1916, quando este instituiu legalmente o homem como “chefe da sociedade conjugal”, outorgando-lhe o poder econômico, patrimonial e social sobre a esposa, assegurando e ratificando, assim, seu total domínio sobre a mulher.

Art. 233. O marido é o chefe da sociedade conjugal. Compete-lhe:

I - A representação legal da família;

II - A administração dos bens comuns e dos particulares da mulher, que ao marido competir administrar em virtude do regime matrimonial adotado, ou de pacto antenupcial; [...]

IV - O direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal; [...] (BRASIL, 1916)

Para sua melhor compreensão, é necessária a análise do contexto histórico no qual fora promulgada a lei mencionada. A mulher possuía um papel acessório na estrutura social, sempre relacionado à domesticidade, ao casamento e à maternidade. A Constituição do Império (1824) não reconhecia a figura feminina como participante ativa da sociedade, tampouco o fez a Constituição da República (1889). Seguindo sua lógica, o Código Civil de 1916 somente menciona a mulher para estabelecer definitivamente sua posição de submissão frente à figura masculina.

De forma significativa, porém, o processo de emancipação da mulher inicia-se na segunda metade do século XIX, com as primeiras precursoras do feminismo despertando seus questionamentos a respeito do tratamento desigual entre homens e mulheres, mas desponta no início do século seguinte, tendo como primeiro marco considerável de aquisição de direitos a conquista do voto feminino no ano de 1932.

No mercado de trabalho, a inserção da mulher ocorre com expressividade a partir da década de 1940, e tem sido desde então uma luta para a conquista de igualdade nas oportunidades, cargos de chefia e remuneração.

Essa perspectiva de dominação sancionada por lei perdurou no direito brasileiro até a outorga da Constituição Cidadã, no ano de 1988, que consagrou a igualdade formal entre os gêneros no texto de seu artigo 5º. O dispositivo supracitado, no entanto, permaneceu em vigor até o ano de

2002, quando foi substituído pelo atual Código Civil.

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
I - Homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;
[...] (BRASIL, 1988)

Este é apenas um exemplo de como o direito brasileiro subjogou a mulher pela maior parte de sua história, tendo a igualdade no plano legal sido plenamente conquistada apenas no século XXI, com a lenta (porém progressiva) inserção das mulheres na vida política.

Esse processo de emancipação está em andamento até os dias atuais. É uma evolução gradual, apesar de lenta. Embora hoje tenhamos a igualdade entre os sexos reconhecida no plano formal, a equidade material ainda é apenas um ponto no horizonte a ser alcançado. Estamos longe de atingir a plena isonomia de tratamento social entre homens e mulheres, seja em termos econômicos, de oportunidades, ou mesmo de tratamento cotidiano.

Dentre os direitos ainda não consagrados pela sociedade brasileira está o direito da mulher à autodeterminação, mais especificamente à autonomia reprodutiva. Trata-se de uma discussão atual de extrema relevância, que versa sobre o domínio da mulher e sua vontade sobre o próprio corpo *versus* o Estado e a proteção ao nascituro como sujeito de direitos. Falaremos mais a seguir.

1.2 Da evolução do direito das mulheres na Alemanha

Por seu turno, em ares europeus, na Alemanha e inspirados na Revolução Francesa (1789-1799), *Liberté, Egalité, Fraternité* – liberdade, igualdade, fraternidade – surgem os primeiros rompantes de luta por igualdade e pela emancipação dos direitos da mulher. Não tardou, no entanto, a ser sentida a reação e, em 1850, a Lei de Associação Alemã proibia, em seu §8º, a aceitação de mulheres, estudantes e aprendizes em associações políticas. Na prática o que se observou foi um fechar de portas à participação das mulheres em eventos ou reuniões políticas.

Já demonstrando a força e resistência das mulheres daquela nação, e ainda sobre o sopro da inspiração revolucionária, em 1865 foi criada a *Allgemeinen Deutschen Frauenverein* – Associação Geral das Mulheres Alemãs. Esta associação exigia o desenvolvimento de oportunidades educacionais para as mulheres, direitos trabalhistas e de livre escolha de profissão.

Ato contínuo, em 1878 sagrou-se emenda ao Código Industrial Alemão, regulamentando e protegendo a maternidade das trabalhadoras pela primeira vez. Na prática proibia-se o retorno ao emprego da mulher por um período de três semanas após o parto; de se destacar que esta “licença” ocorria sem qualquer remuneração.

Esta condição subsiste até 1891, quando é criada a primeira lei de proteção aos

trabalhadores e o denominado “direito de resguardo” para mulheres, após o parto esta licença se estende para quatro semanas de forma remunerada.

Entretanto, foi também no ano de 1891 quando o Parlamento alemão negou a admissão de mulheres nas universidades. Anos após, em 1900, essa proibição desaparece quando o Grão-Ducado de Baden admite o ingresso de mulheres no ensino superior. Foram as universidades de Freiburg e Heidelberg as pioneiras na aceitação das mulheres junto à pesquisa científica.

Inegavelmente o ingresso das mulheres no meio acadêmico se reveste de extrema importância e impulsiona outras conquistas. Em maio de 1908, por meio da atuação da Associação Geral das Mulheres Alemãs, admite-se a participação de mulheres na política e em partidos políticos.

O movimento feminino na Alemanha segue então inspirado e em sintonia com as denominadas ondas do feminismo. E é no início do século XX que esta demanda por direitos ganha força em todo o mundo, não mais como um movimento esporádico, mas uma junção de forças de em prol de um ideal comum.

O dia 19 de março de 1911 marca a primeira celebração pelo dia da mulher na Alemanha; em 1914 a data passa a ser comemorada em 8 de março.

Em novembro de 1918 as mulheres da Alemanha adquirem o direito de voto, e em fevereiro de 1919 elas vão às urnas pela primeira vez. Deste tempo em diante a emancipação feminina caminha firmemente. No ano de 1923 podem elas ingressar nas forças policiais, conquista significativa dada à rotulação do trabalho como algo singularmente afeto ao masculino. Elas formaram o chamado *Frauenwohlfahrtspolizei* – em tradução livre, polícia do bem-estar das mulheres.

Os anos seguintes vivenciarão o desgaste decorrente das guerras mundiais, que devastam a nação alemã. Entretanto, menos de um ano após o fim da guerra, em 1946, Irmgard Enderle, Anna Stiedler, Agnes Heineken, Kathe Popall e Anna-Klara Fischer fundam o *Frauenausschuss* – o Comitê das Mulheres. As cinco convocaram todas as cidadãs de Bremen para a reconstrução da cidade e para trabalharem em prol da igualdade de gênero.

A nova república alemã começa a se formar, e com ela, a nova Constituição. É neste conceito de renovação que quatro mulheres políticas, Elisabeth Selbert, Helene Weber, Frieda Nadig e Helene Wessel, foram consideradas as “mães da Constituição”, ao conseguirem instituir seu artigo 3º, em especial o parágrafo segundo, que estabelecia a igualdade entre os gêneros, determinando ao Estado a promoção e implementação efetiva de direitos iguais para homens e mulheres e buscando eliminar as divergências existentes.²

2 Artikel 3. (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der

Em complementação o parágrafo terceiro institui que “ninguém deverá ser discriminado ou favorecido por causa da sua sexualidade, descendência, raça, idioma, pátria, origem, crença, opinião religiosa ou políticas. Ninguém poderá estar em desvantagem por causa de sua deficiência”³

Em 1958 entrou em vigor a controversa Gleichberechtigungsgesetz – a lei de Direitos Iguais – reconhecida como um passo atrás, porque outorgava às mulheres o direito ao trabalho desde que as tarefas do lar não fossem negligenciadas, uma vez que a mulher, por lei, era encarregada das atividades de casa. Esta lei foi abolida apenas em julho de 1977.

O ano de 1961 foi considerado o ano da revolução sexual na Alemanha, com a introdução das pílulas anticoncepcionais. Independentemente de o homem aceitar ou não o uso de preservativo, as mulheres podiam agora, teoricamente, decidir se desejariam ou não engravidar. Essa conquista fora, todavia, gradativa. Inicialmente, apenas as mulheres casadas obtinham a prescrição médica (contanto que já fossem mães de vários filhos). A mulher solteira estava longe de ser livre sexualmente; em verdade, a mulher ainda estava longe de alcançar liberdade.

Na linha da liberdade sexual, da autonomia dos direitos reprodutivos e da fundamentalidade da igualdade e da liberdade plenas, a década seguinte assiste à aquisição de verdadeiros avanços nos direitos das mulheres, que vão desde controlar suas próprias vestes à própria questão do aborto, que desde 1971 entra em pauta.

Mesmo assim ainda havia muito a fazer, o crime de estupro, a exemplo, fora instituído em reforma do código penal alemão em 1973, todavia a prática somente era considerada ilícita se ocorrida antes ou fora do casamento. Somente em maio de 1997, depois de 25 anos de luta, fora proibido ao marido violentar a própria esposa.

Na véspera de Ano Novo de 2015, em Colônia, mulheres foram atacadas e forçadas à prática sexual. Esse fato gerou um sentimento de revolta na população do país, causando manifestações pela reforma do direito penal sexual. Estabeleceu-se, então, em novembro de 2016, que sexo forçado seria punível mesmo que o agressor não tenha ameaçado ou usado de violência física para a coação, sendo suficiente que a vítima tenha expressado a discordância das ações. O movimento feminino fortemente estabelecido no país é decisivo para esta tomada de decisão política e social.

2 O ESTADO DA ARTE NO QUE TANGE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER: A QUESTÃO DO ABORTO NO BRASIL E NA ALEMANHA

Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin. (DEUTSCHLAND, 1998)

3 Artikel 3. (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden. (DEUTSCHLAND, 1998)

Diante do exposto, podemos perceber a cronologia histórica em relação ao reconhecimento dos avanços e consolidação de uma verdadeira teoria dos direitos das mulheres, permitindo estabelecer um viés temporal comparativo entre Brasil e Alemanha.

Passamos então à análise do atual estado da arte no que pertine a uma das questões mais sensíveis dentro do espectro de conquistas e consolidação de direitos das mulheres em todo mundo, qual seja o dilema entre os direitos de autodeterminação e de liberdade no planejamento familiar, em contraposição à possibilidade de interrupção seletiva da gestação e sua consequente criminalização: o delito de aborto na perspectiva histórica e atual na Alemanha e no Brasil.

Assim, no Brasil, assistimos em 08/03/2017 a propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 442 (ADPF), visando salvaguardar linhas gerais, direitos fundamentais da mulher; a noticiada ação visa reconhecer a não recepção – parcial, dos artigos 124 e 126 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei no 2.848/1940), por inconstitucionais, indicando como preceitos violados os princípios fundamentais da dignidade humana, da cidadania e da não discriminação, bem como os direitos fundamentais à inviolabilidade da vida, à liberdade, à igualdade, à proibição de tortura ou tratamento desumano ou degradante, à saúde e ao planejamento familiar.⁴

Em apertada síntese, podemos dizer que a demanda constrói a realidade vivenciada na sociedade brasileira no que pertine às interrupções de gravidezes de forma ilegal; descreve em números a realidade das práticas abortivas realizadas na clandestinidade de procedimentos que, além de ilegais, são obviamente inseguras e desumanas. Esclarece com isto as significativas e sensíveis violações ao direito à saúde e a segurança e com ela à integridade física e psicológica das mulheres. Destaca que esta proibição gera incontáveis submissões de mulheres a tratamentos desumanos, degradantes e cruéis, caracterizando tortura.

A criminalização impede ainda às mulheres o direito ao planejamento familiar, ferindo seus direitos sexuais e reprodutivos, direitos estes decorrentes do direito fundamental à liberdade e à igualdade.

De forma singular, balizada em dados estatísticos a demanda conclui que são as mulheres de baixa renda e em sua maioria negras, as que são invariavelmente alcançadas pela norma incriminadora, evidenciando a seletividade penal e assim ferindo um dos objetivos fundamentais da República, o de não discriminação de qualquer natureza.

A construção da demanda apresenta, metodologicamente, a interpretação constitucional da convivência harmoniosa dos direitos fundamentais, nos termos propostos por Dworkin quando determina a integração de elementos interpretativos constitucionais voltados para o passado e para o

4 Respectivamente descritos na Constituição Federal, art. 1o, incisos I e II; art. 3o, inciso IV; art. 5o, *caput* e incisos I, III; art. 6o, *caput*; art. 196; art. 226, § 7º.

futuro, concomitantemente, reconhecendo um constante e frutífero processo de desenvolvimento das normas (2009. p. 11-12).

Ainda escorado na doutrina de Dworkin a noticiada ação reclama pela teoria do “direito como integridade” através da coerência no plano vertical e horizontal das normas e das decisões. (1999. p. 271).

E é percorrendo as decisões do STF que antecederam esta demanda que se vê desenhar esse denominado processo de desenvolvimento de uma política constitucional contemporânea que a um tempo reconhece os direitos acima noticiados em relação às mulheres e, concomitantemente, localiza no plano infraconstitucional a proteção do feto.

Reconhece-se uma ideia de solução de continuidade entre as decisões da Suprema Corte aqui destacadas nas demandas ADI 3.510, ADPF 54 e HC 124.306, nas quais estabeleceram um olhar e um caminho seguro para o enfrentamento da questão constitucional do crime de aborto sob o espectro do direito como integridade. Esclarecemos:

Em 17 de junho de 2004 fora apresentada ao STF a ADPF 54 que buscava reconhecer o direito às mulheres grávidas de interromper a gestação em curso, na hipótese de comprovação da anencefalia fetal. Como é de corrente saber, entre nós o há a previsão legal do crime de aborto não sendo punível a interrupção terapêutica da gestação nas hipóteses de ser este resultado de estupro ou, quando não houver outro modo para salvar a vida da gestante. A noticiada demanda pretendia a declaração de inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefálico é conduta típica, nos termos do que dispõe o CPB.⁵

No ano seguinte, mais precisamente em 30 de maio de 2005, o Procurador Geral da República apresentou ao STF Ação Declaratória de Inconstitucionalidade após promulgação da lei 11.105 em março daquele mesmo ano. Em referida demanda pretendia-se fulminar com a pecha da inconstitucionalidade o disposto no artigo 5º. de referida lei uma vez que, ao autorizar a realização de pesquisas com células tronco embrionárias, através da manipulação de embriões inviáveis ou excedentários resultantes de processos de reprodução humana assistida [o que implicaria na destruição de referidos embriões] estar-se-ia autorizando a violação do direito fundamental à vida.⁶

Em 29 de maio de 2008, por seis votos contra cinco, a ação fora julgada improcedente, sendo então definitivamente autorizadas as pesquisas por meio de células tronco totipotentes⁷

5 A temática era tal controversa e relevante que, pela primeira vez na história da corte suprema fora convocada audiência pública.

6 Novamente reconhecendo a relevância e as implicações do tema, o STF tratou de promover aqui também audiências públicas; estas embora designadas posteriormente à chamada realizada na ADPF 54 acabaram sendo primeiramente realizadas, traduzindo-se em verdadeiro marco democrático e emancipatório nas tomadas de decisões da Suprema Corte brasileira.

7 Células tronco totipotentes são aquelas capazes de diferenciarem-se em todos os 216 tecidos que formarão o corpo humano. Elas são encontradas apenas no embrião nas primeiras fases do desenvolvimento embrionário, o que

extraídas de embriões. Mas, o que salta aos olhos fora o tratamento dado ao embrião e o destaque do voto condutor no sentido de reconhecer a existência de “embrião de pessoa humana” e não a condição de “pessoa humana embrionária” assentando entendimento de que cabe ao espectro infraconstitucional cuidar da proteção da vida em momentos anteriores ao nascimento, concluindo assim que a norma fundamental somente coloca a salvo a vida após o nascimento. Vejamos:

[...] A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. [...] o feto é o feto e a pessoa humana e a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana [...] O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. (BRASIL, STF, 2008)

Pois bem, mais um passo adiante e em 12 de abril de 2012, após longos oito anos de discussão e já tendo decisão da ADI 3510 como parâmetro, o STF reconhece por maioria de votos a procedência da demanda posta na ADPF 54 e declara inconstitucional rotularmos como crime o abortamento de fetos anencefálicos.

Começa a se desenhar, extreme de dúvidas, a teoria interpretativa da questão, e é me decorrência do voto do Ministro Marco Aurélio Melo, referenciando a ADI 3.510 que se compreende a questão:

[...] este Supremo Tribunal proclamou [na ADI 3.510] que a Constituição “quando se reporta a ‘direitos da pessoa humana’ e até dos ‘direitos e garantias individuais’ como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais ‘à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (BRASIL, STF, 2013)

Evidencia-se ainda mais a índole interpretativa da questão de fundo quando, no julgamento da ADPF 54 o eminente relator destaca como fundamento de seu voto, a decisão proferida em 1975 pela Corte Constitucional Italiana ao declarar a inconstitucionalidade parcial do artigo 546 do código penal italiano:⁸

[...] o interesse constitucionalmente protegido relativo ao nascituro pode entrar em colisão com outros bens que gozam de tutela constitucional e que, por consequência, a lei não pode dar ao primeiro uma prevalência absoluta, negando aos segundos adequada proteção. E é exatamente este vício de ilegitimidade constitucional que, no entendimento da Corte, invalida a atual disciplina penal do aborto... Ora, não existe equivalência entre o direito não apenas à vida, mas também à saúde de quem já é pessoa, como a mãe, e a salvaguarda do embrião, que pessoa ainda deve tornar-se. (BRASIL, STF, 2013)

Por fim, completando essa trilogia interpretativa, em novembro de 2016 a primeira turma do STF ao julgar o HC 124.306 que tratava da prisão preventiva de diversos funcionários de uma

corresponde a 3 ou 4 dias após a fecundação. (PEREIRA, 2008)

8 Em decorrência dessa decisão o legislador italiano elaborou em 1978 a lei 194 que detalhadamente regulamentou a questão autorizando a interrupção da gestação naquele país em diversas circunstâncias, inclusive na hipótese de comprometimento das condições econômicas, familiares ou sociais da mulher grávida. SARMENTO (2006, p. 103).

clínica clandestina de abortos, acabou por enfrentar a questão da constitucionalidade do crime, e assim, tecnicamente, da recepção ou não, total ou parcial dos dispositivos previstos no CPB, mais especificamente artigos 124 e 126 do Decreto-Lei no 2.848/1940.

Embora o enfrentamento da questão tenha ocorrido de forma incidental e, portanto, sem efeito vinculante, e ainda, acolhido pela turma e não pelo plenário do STF, o que não se pode olvidar, é o amadurecimento do debate e até mesmo a postura interpretativa firmada (ainda que parcialmente) pela corte.

Trata-se do reconhecimento da inconstitucionalidade da criminalização do aborto voluntário se realizado nos primeiros três meses de gestação, entendendo a turma que seria desproporcional tal hipótese por violar os direitos fundamentais das mulheres, valendo-se da consolidada argumentação esposada nas ações que antecederam este julgamento.

Na dicção das conclusões da turma julgadora, a interpretação dos dispositivos do Código Penal em questão, se realizada conforme a Constituição importarão na exclusão do seu âmbito de incidência quando a interrupção voluntária da gestação ocorra no primeiro trimestre, posto que do contrário estaríamos francamente violando direitos fundamentais da mulher.

[...] os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.⁹

Assim é que, analisada à luz desse suporte interpretativo das decisões do STF, a ADPF 442, aguarda designação para julgamento em plenário. Seguimos então – no Brasil – com a discussão francamente aberta no que pertine ao reconhecimento e consolidação de referida autonomia reprodutiva para as mulheres, o que se traduziria em verdadeira emancipação humana na medida em que permitiria não mais enxergar e definir o humano mulher como algo objetificado, reduzido à condição, capacidade e imposição de gerar, de procriar.

É preciso resgatar a condição existencial humana da mulher, inerente a todo ser racional, ‘um fim em si mesma’. É preciso reconhecer que a teoria dos direitos fundamentais, quando se

9 Ainda, [...]A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. (BRASIL, STF, 2017)

apresenta, inclusive rotulando estes direitos com o manto inquebrantável de cláusula pétrea, reconhece essa qualidade inerente ao humano pessoa, o indivíduo pessoa. Este é o titular dos direitos e garantias revestidos com a lente da fundamentalidade. Vale reportarmo-nos ao brilhante voto condutor da ADPF 54, destacado no HC 124.306 da Suprema Corte Brasileira donde se extrai a conclusão que não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana que deve ser protegido pelo direito comum:

[...] Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica... O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere à Constituição. (BRASIL, STF, 2017)

Entrementes, enquanto isso, ao entorno do mundo, outras democracias, mais amadurecidas e consolidadas já ultrapassaram esta fase do reconhecimento dos direitos das mulheres e hoje, passo adiante, discutem a revisão do modelo paternalista em muitas delas imposto. É que, em sua grande maioria, as revisões legislativas implementadas no final do século passado, embora tenham abraçado o direito à liberdade sexual e a autonomia reprodutiva das mulheres, consagrando sua autodeterminação, não necessariamente outorgaram respeito a uma espécie de autonomia cidadã.¹⁰

Passamos então à análise do contexto atual comparativamente na Alemanha no que pertine ao trato da criminalização do aborto. Para tanto uma brevíssima nota histórica.

Era o ano de 1974 quando a Alemanha, por lei, entendeu por descriminalizar o aborto praticado por médico, a pedido da mulher, desde que realizado até a décima segunda semana de gestação. A este tempo o aborto já era autorizado em casos como os decorrentes de crimes de estupro, ou que impusessem graves riscos à saúde da mulher. Também era permitido, a interrupção espontânea da gestação no caso de comprovadas malformações fetais.¹¹

Referida Lei não fora de todo acatada pela sociedade e não tardou até que em 1975 a Corte Constitucional Alemã reconhecesse a inconstitucionalidade da lei no que pertine a interrupção da gestação, por simples de determinação da gestante, até a 12ª semana. No ano seguinte, 1976, uma nova lei é editada para consolidar o entendimento jurisprudencial, as hipóteses de aborto foram mantidas à exceção do realizado até a 12ª semana de gestação, salvo se comprovado relevantes razões sociais e econômicas.

Então após a unificação da Alemanha, em 1992, e porque na Alemanha ocidental o aborto era praticado sem qualquer restrição de ordem criminal, novamente recepcionou-se o aborto

10 Sobre a questão do paternalismo das cortes na questão da releitura do crime de aborto (SIEGEL, 2008).

11 Veja que tal permissão tem a força de lei desde a década de 1970. Cá entre nós, somente com a atuação positiva em controle de constitucionalidade, que a interrupção em casos que tais não são considerada crime, o que se dera apenas em 2012 com a procedência da ADPF 54.

praticado até a 12ª semana de gestação condicionando, todavia, o procedimento a prévia consulta da mulher a serviços de aconselhamento, onde se buscaria demovê-la de referida intenção. Mais uma vez é acionada, a Corte Constitucional que dessa vez declara que embora se confira valor relevantíssimo à vida intrauterina ele não é e não pode ser absoluto e, como esclarece Sarmiento, não se sobrepõe, através do balizamento do princípio da proporcionalidade, ao direito fundamental de autodeterminação das mulheres (2006, p. 106).

Finalmente em 1995 a Alemanha alcança a legislação que descriminaliza o aborto se praticado até a 12ª semana de gestação, desde que precedido de processo de aconselhamento a que se submeta a gestante, respeitando ainda o intervalo de três dias entre o encerramento deste aconselhamento e a realização do procedimento.

*§ 218 Schwangerschaftsabbruch: (1) Wer eine Schwangerschaft abbricht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Handlungen, deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eies in der Gebärmutter eintritt, gelten nicht als Schwangerschaftsabbruch im Sinne dieses Gesetzes.*¹² (DEUTSCHLAND, 1998)

O mesmo artigo estabelece ainda espécies de causas de aumento de pena, considerando que casos particularmente graves elevam o preceito secundário da norma penal numa variável de seis meses até cinco anos [...] 1. *gegen den Willen der Schwangeren handelt oder*¹³ [...] 2. *leichtfertig die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung der Schwangeren verursacht.*¹⁴ (DEUTSCHLAND, 1998)

Vê-se que a norma incriminadora primária guarda significativa semelhança com o tratamento punitivo empregado ao assunto cá entre nós. E do mesmo modo, tal qual o direito nacional brasileiro reconhece a inexistência de tipicidade nos moldes do artigo 128 do CPB, recepcionando o direito alemão, o que se denomina entre nós aborto necessário e aborto sentimental, sendo o primeiro identificado sempre que a gravidez coloque em risco a saúde da mulher e o segundo, aquele decorrente de ato ilegal, notadamente no caso de estupro (artigo 213 do Código Penal Brasileiro e parágrafos 176 e 178 do Código Penal Alemão).¹⁵

12 Em tradução livre, temos que “qualquer pessoa que interrompa uma gravidez é punida com pena de prisão de até três anos ou multa”. O texto penal informa ainda que “atos cujos efeitos ocorram antes da conclusão da implantação do óvulo fertilizado no útero não são considerados aborto para os propósitos desta lei”.

13 Quando age contra a vontade da própria gestante (tradução nossa).

14 Quando de forma imprudente provoca o risco de morte ou danos graves para a saúde da mulher grávida (tradução nossa).

15 **§ 218a Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs:** (2) *Der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommene Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn der Abbruch der Schwangerschaft unter Berücksichtigung der gegenwärtigen und zukünftigen Lebensverhältnisse der Schwangeren nach ärztlicher Erkenntnis angezeigt ist, um eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes der Schwangeren abzuwenden, und die Gefahr nicht auf eine andere für sie zumutbare Weise abgewendet werden kann.* (3) *Die Voraussetzungen des Absatzes 2 gelten bei einem Schwangerschaftsabbruch, der mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommen wird, auch als erfüllt, wenn nach ärztlicher Erkenntnis an der Schwangeren eine rechtswidrige Tat nach den §§ 176 bis 178 des Strafgesetzbuches begangen worden ist, dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß die Schwangerschaft auf der Tat beruht, und seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.*

O significativo traço de distinção entre as legislações aqui comparadas se situa, então, na hipótese de isenção de pena para o abortamento realizado, na Alemanha, até a 12ª semana da gravidez, guardando as especificidades noticiadas melhor descritas no parágrafo 219 (2) da norma penal alemã.

Mas o que se afigura inegável é o caráter paternalista da permissão, e a subjugação da mulher ao seu pleno exercício de autodeterminação uma vez que a lei alemã, embora reconheça esta possibilidade de isenção de pena, claramente descreve o propósito de evitar-se o abortamento, condicionando a permissão à submissão da mulher grávida a consultas, a procedimento de aconselhamento com profissionais da área médica que, repita-se, nos termos da lei, propõem condições para que a gravidez seja levada a termo, buscando demover a mulher da ideia da interrupção.

§ 218a Straftatbestand des Schwangerschaftsabbruchs: (1) Der Tatbestand des § 218 ist nicht verwirklicht, wenn. 1. die Schwangere den Schwangerschaftsabbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nach § 219 Abs. 2 Satz 2 nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff hat beraten lassen, 2. der Schwangerschaftsabbruch von einem Arzt vorgenommen wird und.3. seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind.¹⁶ (DEUTSCHLAND, 1998)

Pois bem, mais recentemente, na Alemanha, a ainda em construção teoria dos direitos das mulheres, acaba de estabelecer um novo marco civilizatório no encontro da dignidade e na proteção das mulheres, em especial, do seu direito de autodeterminação e proteção integral da saúde.

Esclarecemos; ao tempo em que fora consagrada na Alemanha a isenção de pena para o abortamento até a décima segunda semana, desde que cumpridas as especificidades já anotadas, também tratou a legislação de estabelecer a proibição de qualquer forma de divulgação de procedimentos abortivos, criminalizando estas condutas ou qualquer ato alusivo à referidas práticas.

Todavia, recentemente, a proibição descrita no parágrafo 219a do Código Penal Alemão sofreu significativo impacto. A celeuma ocorreu após uma médica ter sido condenada a uma multa de seis mil euros por infração à lei penal. A profissional inconformada recorreu e deu início ao mais recente movimento democrático feminino na Alemanha (ALLEMANDOU, 2019).

A carga emancipatória da demanda propunha o entendimento que há diferença significativa

(DEUTSCHLAND, 1998) § 218a: É isento de pena do crime de aborto: (2) O aborto realizado por um médico com o consentimento da grávida não é ilegal, se levado em conta as circunstâncias atuais e futuras da grávida, de acordo com os conhecimentos médicos, por em risco de vida ou risco de lesões físicas ou mentais da grávida, e o perigo não possa ser evitado de outra maneira mais razoável para ela. (3) Os requisitos do parágrafo 2 se aplicam a um aborto que é feito com o consentimento da grávida por um médico, cumprindo os requisitos, se, após conhecimento médico da gestante que a gravidez é advinda de ato ilegal cometido sob os §§ 176 a 178 do Código Penal, razões urgentes sugerir, que a gravidez é baseada nestes atos e não ter se passado mais de doze semanas desde a concepção (tradução nossa).

16 § 218a: É isento de pena do crime de aborto: O fato do § 218 não é realizado se: 1. A mulher grávida exige o aborto e provou ao médico, por meio de um atestado de acordo com o § 219. 2. Que passou por assessoria pelo menos três dias antes do procedimento, o aborto for feito por um médico e não se passaram mais de doze semanas desde a concepção. (tradução nossa)

entre o elementar direito de informação e a prática de publicidade. Em fevereiro do ano corrente o governo Alemão alterou o questionado artigo 219a do Código Penal Alemão, guiando o entendimento da isenção de pena aos profissionais médicos quando da promoção de esclarecimentos e na disponibilização de informações relacionadas a interrupção espontânea da gestação nos termos da lei.¹⁷

Assim, embora a publicidade dos métodos, procedimentos e locais que praticam os procedimentos abortivos, bem como a alusão às técnicas continuem sendo proibidas, a atuação dos profissionais da saúde passa a ser entendida como uma postura médica adequada, prevalecendo o entendimento que o direito a informação se sobrepõe à proteção da gravidez e do feto e acima de qualquer questão se encontra a proteção dos direitos à plena saúde da mulher grávida e seu indubitável reconhecimento como cidadã plena e capaz.

Indubitavelmente, os avanços no que tange aos direitos reprodutivos, a dignidade, liberdade, saúde e notadamente autodeterminação da mulher no que toca à questão da sua autonomia para as decisões relacionadas às gravidezes estão em momentos evolutivos distintos consideradas as realidades de Brasil e Alemanha.

A discussão que aguarda definição no STF, se procedente, aproximará o Brasil de países como Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Cidade do México (México), Dinamarca, Eslováquia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guiana Francesa, Hungria, Itália, Letônia, Lituânia, Moçambique, República Tcheca, Rússia, Suíça e Uruguai que autorizam a interrupção da gestação por decisão da mulher até a 12ª semana de gestação. Outros países como a África do Sul, Camboja, Países Baixos, Romênia e Suécia, a interrupção voluntária também é permitida e o prazo varia entre 13 e 18 semanas; Austrália, Canadá, China e Estados Unidos, embora sejam norteados pela permissão do abortamento em regra até a 12ª semana, possuem variáveis de acordo com leis locais (CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS, 2019).

De toda sorte, muitos dos países que praticaram a revisão da legislação ainda estão intimamente vinculados a um perfil paternalista e fragilizador da capacidade da mulher para decidir sobre tais questões. Há inegavelmente cá e lá um longo caminho a ser percorrido trata-se de um processo emancipatório inexoravelmente em construção.

17 **§ 219a Werbung für den Abbruch der Schwangerschaft:** (2) Absatz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn Ärzte oder auf Grund Gesetzes anerkannte Beratungsstellen darüber unterrichtet werden, welche Ärzte, Krankenhäuser oder Einrichtungen bereit sind, einen Schwangerschaftsabbruch unter den Voraussetzungen des § 218a Abs. 1 bis 3 vorzunehmen. (3) Absatz 1 Nr. 2 gilt nicht, wenn die Tat gegenüber Ärzten oder Personen, die zum Handel mit den in Absatz 1 Nr. 2 erwähnten Mitteln oder Gegenständen befugt sind, oder durch eine Veröffentlichung in ärztlichen oder pharmazeutischen Fachblättern begangen wird. (DEUTSCHLAND, 1998) Em tradução livre temos que a publicidade dos procedimentos abortivos é criminosa, entretanto, as penas não se aplicam a médicos ou a centros de aconselhamento reconhecidos por lei que estiverem informando quais os médicos, hospitais ou instituições que estão dispostos a interromper gravidezes nas condições do § 218a (1) a (3). Do mesmo modo, as penas não se aplicam quando o ato de publicidade for praticado através de publicações em revistas médicas ou farmacêuticas.

CONCLUSÃO

Os últimos séculos têm assistido um inquestionável giro civilizatório com a tomada de consciência das sociedades ao entorno do mundo, mais especialmente a partir da cota ocidental da Europa. As pautas reivindicatórias tem buscado trazer grupos sociais ignoradas ao longo da história da humanidade ou, quando muito, no papel de meros coadjuvantes para o eixo protagonista de suas vivências.

Alguns dos movimentos sociais, quer pelo pioneirismo, quer pela organização e pela unidade de propósitos, mais ou menos comum, atingiram status de destaque mais precocemente. Essa condição, inegavelmente impulsionou tantos outros grupos minoritários, tantas outras pautas e tantas outras conquistas.

O movimento feminino, estreme de dúvidas vem sendo autor da sua própria história desde quando decidiu deixar o anonimato e passar a ditar suas próprias regras, suas próprias falas pautadas na sua identidade e individualidade e assim, iluminando tantas outras lutas.

O presente artigo propor-se então a apresentar um espectro da consolidação desse movimento na europeia Alemanha e no Brasil.

Os avanços civilizatórios, as maturidades sociais e culturais, o acesso à educação e a emancipação de grupos vulneráveis, de um modo geral, permitiram vislumbrarmos a consolidação mais ou menos avançada da teria dos direitos femininos em ambos os países e assim apontamos alguns dos marcos relacionados à consolidação da igualdade formal e material e da liberdade das mulheres enquanto direitos inquestionavelmente fundamentais.

Traçado este panorama e, na certeza irrefutável que estamos em processo de construção dessa identidade e destes direitos, convergimos nossas lentes para um aspecto identificado dentre tantos, na assunção desse protagonismo feminino, qual seja o direito de autodeterminação da mulher [enquanto expressão do direito de liberdade e igualdade] no que pertine a decisão do seu planejamento familiar e da sua autonomia reprodutiva.

Neste cenário se fez necessário enfrentarmos em análise comparada entre a democracia brasileira e alemã, a questão da criminalização ou descriminalização da interrupção voluntária da gestação: o crime de aborto.

O objetivo do presente estudo não se amoldava ao tipo penal, tampouco ao enfrentamento da questão sob a ótica deste ramo do direito. Não se pretendeu examinar a possibilidade de atuação do direito penal enquanto ramo subsidiário do direito, fragmentário. Do mesmo modo não se buscou alicerce nas justificativas apontadas dentre as teorias penais modernas, a exemplo do direito penal simbólico ou mesmo minimalista.

A hipótese versou sobre o enfrentamento da questão da não viabilidade de criminalização [e no caso brasileiro da não recepção dos crimes previstos nos artigos 124 e 126 do Código Penal] à luz da ponderação de direitos fundamentais.

O estado atual da questão fere direitos fundamentais da mulher, além de colocar a mesma em risco severo de saúde, de submetê-la a tratamento desumano, cruel e degradante somado ao fato de se observar um parâmetro discriminatório na incidência da norma penal notadamente por que a clandestinidade acaba atingindo as mulheres pobres e neste universo, predominantemente as mulheres negras no Brasil.

Iluminado pela teoria do direito como integridade proposta por Dworkin e, analisando os precedentes vivenciados junto ao Supremo Tribunal Federal, é possível lançarmos uma luz no sentido de que, a se respeitar a construção, o desenho que vem sendo proposto pelo STF e a teoria da integração do direito, se torna inviável qualquer julgamento que não o da procedência da ADPF 442 e assim da consolidação, da efetivação dos direitos fundamentais noticiados, hoje absolutamente mitigados diante do sistema penal vigente entre nós.

Por seu turno, um passo adiante, a República da Alemanha já alcançou um certo grau de maturidade legislativa autorizando, desde 1995 a realização de abortamento até a 12ª semana de gestação nos termos da lei.

É linear concluir que a interrupção da gestação de forma lícita, mas principalmente segura e amparada, uma realidade vivenciada pelas mulheres alemãs, salvaguarda sua dignidade, sua saúde, e sua liberdade através do respeito às suas decisões e seu fundamental direito de autodeterminação.

Todavia, estas e outras pautas reivindicatórias femininas e a humanidade que as justifica, estão longe de ser plenamente recepcionadas. Estamos inexoravelmente diante de um direito em construção.

Se é fato que a Alemanha já atingiu certo patamar na proteção de suas mulheres, também é certo que hoje sua luta se traduz no aperfeiçoamento desse direito, combatendo uma visão exteriorizada em relação à mulher, notadamente no que tange a sua capacidade de discernimento e na tomada de decisões da sua própria vida.

A imposição de submissão da mulher grávida a procedimentos de aconselhamento que visam demover-la do ato, pena de não ocorrer a isenção das penas previstas para o crime de aborto é uma mostra significativa dessa realidade.

Trata-se de uma visão paternalista que, sob o falso prisma da proteção, viola a dignidade das mulheres, na medida em que não confere a integral autonomia às mesmas a partir de considerações e juízos de valores consolidados em estereótipos sobre sua (in)capacidade e sobre as expectativas de papéis de gênero culturalmente concebidos

A par dessa questão, outra pauta no enfrentamento fora acolhida recentemente pelo governo alemão. Referimo-nos à possibilidade de permitir aos profissionais da saúde a promoção de esclarecimentos e informações afetas a estas intervenções de abortamento quer no que pertine a segurança e visão multidisciplinar que envolve estes procedimentos, quer na informação dos locais, centros médicos aptos a realização destes trabalhos.

Enfim como se pode constatar, os avanços civilizatórios, o reconhecimento dos direitos da mulher através de uma sólida construção teórica na Alemanha não encontra ainda a mesma paridade em relação as mulheres brasileiras posto que, cá entre nós ainda estamos a discutir a viabilidade da não incriminação da interrupção da gestação no seu primeiro trimestre.

São diferentes estágios evolutivos de um processo que volta suas luzes para o passado e para o futuro donde se extrai que já muito se percorreu, um pouco mais por la, um pouco menos aqui, mas de qualquer forma ainda há muito que caminhar, um longo caminho a trilhar.

REFERÊNCIAS

ALLEMANDOU, Ségolène. *Women's rights under threat: Europe's battle over abortion*. Disponível em: <<https://webdoc.france24.com/abortion-women-croatia-malta-germany/germany-fined-for-promoting-abortions/index.html>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

_____. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei de Biossegurança. Impugnação em bloco do art. 5º da Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência de violação do direito à vida. Relator Ministro Ayres Britto. 29 de maio de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

_____. _____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54. Interrupção da gravidez de feto anencefálico. Descumprimento dos art. 124, 126 e 128, 00I e 0II, do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Relator Ministro Marco Aurélio. 30 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

_____. _____. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 442. Não recepção parcial dos art. 124 e 126, do Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940 (Código Penal). Relatora

Ministra Rosa Weber. Em trâmite. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

_____. _____. Habeas Corpus 124.306. Inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre. Relator Ministro Marco Aurélio. 27 de março de 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4637878>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

BIROLI, Flávia. *Gênero e desigualdades: os limites da democracia no Brasil*. São Paulo: Boitempo, 2018.

BLAY, Eva Alterman; AVELAR, Lúcia (org.). *50 Anos de Feminismo: Argentina, Brasil e Chile*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Fapesp, 2017.

CENTER FOR REPRODUCTIVE RIGHTS. *The World's Abortion Laws*: banco de dados. Disponível em: <<https://reproductiverights.org/worldabortionlaws>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

DEUTSCHLAND [ALEMANHA]. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* [Lei Fundamental da República Federal da Alemanha]. Bonn, 23 de maio de 1949. Disponível em: <<https://www.bundestag.de/gg>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

_____. *Strafgesetzbuch* [Código Penal]. Alemanha, 13 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HÄHNEL, Silvia; PAWLAK; Britta. *Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau - Ein langer Weg*. Teil 1: Die Geschichte der Frauenbewegung. Disponível em: <<https://www.helles-koepfchen.de/artikel/2957.html>>. Acesso em: 10 de julho de 2019.

KAPLAN, Temma. *On the Socialist Origins of International Women's Day*. *Feminist Studies*, vol. 11, no. 1, 1985, pp. 163–171. Disponível em: <www.jstor.org/stable/3180144>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

PEREIRA, Lygia da Veiga. A importância do uso das células tronco para a saúde pública. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, vol. 13, n. 1, Jan./Fev. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232008000100002>. Acesso em: 17 de julho de 2019.

SARMENTO, Daniel. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SIEGEL, Reva. *Dignity and the politics of protection: abortion restrictions under Casey/Carhart*. *The Yale Law Journal*, n. 117, 2008. p. 1694-1800. Disponível em:

<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2131&context=fss_papers>.
Acesso em: 16 de julho de 2019.

A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO CONE SUL E A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA SOB O PRISMA DOS DIREITOS HUMANOS E DA CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Evelyn de Souza CLAUDINO¹
Isabela Mendez BERNI²

RESUMO

O presente artigo busca por meio de uma metodologia pautada em análises doutrinárias, pesquisas bibliográficas e estudo dos casos citados ao longo do trabalho, conceituar e expor a Justiça de Transição em detrimento ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando toda sua história. A pesquisa tem como escopo levar ao conhecimento das demais pessoas, inclusive as que vivenciaram uma transição do impuro ao puro, para que estas possam exercer e exigir seus direitos através de uma visão humana, com base na dignidade universal do Imperativo Categórico de Kant. No Cone Sul, países como o Brasil, passaram por períodos Ditatoriais e em sua transição à Democracia, encontraram problemas sem precedentes, levando-os a adotar a Lei de Anistia, que obstaculizou sancionar os responsáveis pelas violações aos direitos, tidos por muitos, direitos naturais, constituindo por tanto uma inconventionalidade à Convenção Americana de Direitos Humanos do qual tornaram-se signatários e aceitaram a competência contenciosa, proposta pela Corte IDH. Assim, será possível no decorrer deste trabalho analisar a influência do SIDH, de modo a averiguar os avanços obtidos por meio da cobrança do Sistema, a busca pelo cessar dos regimes ditatoriais e o uso da jurisprudência, a partir de três panoramas, em casos passados, presentes e futuros, visando a não repetição e a garantia aos direitos à memória, reparação e verdade, ratificando o princípio da igualdade.

PALAVRAS-CHAVE: Memória. Reparação. Verdade. Justiça de Transição. Lei de Anistia.

ABSTRACT

The present paper aims to conceptualize and expose the Transitional Justice to the detriment of the Inter-American System of Human Rights and the American Convention of Human Rights, through a methodology based on doctrinal analysis, bibliographical research and also through cases studies mentioned throughout the work, analyzing all its history. The research has as scope to bring to the notice of other people, including those who have experienced a transition from the impure to the pure, the subject approached : Transitional Justice, in order to they can exercise and demand their rights through a human vision, based in universal dignity of Kant's Categorical Imperative. In the Southern Cone, countries such as Brazil, passed through dictatorial periods and in their transition to Democracy, they encountered unprecedented problems, leading them to adopt the Amnesty Law, which doesn't punish hindered those responsible for natural rights violations constituting therefore an unconventionality to the Convention from which they became signatories and accepted the contentious jurisdiction proposed by the Inter-American Court of Human Rights. Thus, it will be possible in the course of this work to analyze the influence of the IASHR, in order to ascertain the progress achieved the perseverance of the System, the search for the cessation of dictatorial regimes and the use of jurisprudence, from three scenarios, in past, present and future cases, with a view to not repeating violations and guaranteeing rights to memory, reparation and truth, ratifying the

1 Discente do 2º Termo no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. evyclaudino018@gmail.com
2 Discente do 2º Termo no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. isabelaberni@toledoprudente.edu.br

principle of equality.

KEYWORDS: Memory. Repair. Truth. Justice of Transition. Amnesty Law.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos, hoje, são algo fundamental para a proteção do ser humano, uma vez que visam manter e elevar a dignidade da pessoa humana e assegurar que não apenas um para com o outro, como também o Estado para com as pessoas, irão respeitar estes direitos. Como forma de organizar e manter estes direitos, criou-se o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que por meio da Comissão e da Corte responsabiliza os agentes participantes de Estados signatários e concordantes com a competência contenciosa da Corte, que violaram de alguma forma a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Essas violações não são novidade da Modernidade Líquida de Zygmunt Bauman, sendo elas uma terrível herança que existe desde tempos imemoriais até os mais recentes, como a Segunda Guerra Mundial e os períodos Ditatoriais que a América do Sul enfrentou e em muitos países, ainda enfrenta.

Ademais, muitos desses países como forma de estabelecer uma Justiça de Transição, utilizaram da Lei de Anistia como meio, que como será tratado posteriormente, se trata de uma incompatibilidade com os próprios Direitos Humanos, ou seja, em busca de fundamentar estes direitos, acabou-se por retirá-los ainda mais, conforme houve na grande maioria da América do Sul, inclusive no Brasil e que permanece até meados de 2019.

1. O PROCESSO HISTÓRICO PARA A ELEVAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA JUNTO AOS DIREITOS HUMANOS

A princípio é importante percorrer, ainda que de maneira sucinta, os caminhos históricos que englobaram os Direitos Humanos na vida dos homens. Começando pelos antigos gregos e romanos.

Os povos anteriormente citados, conhecidos como o primórdio do convívio social e das leis que regem a sociedade, possuíam cerca de dois status para assim serem intitulados como homens: *status civitatis e status libertatis*; o primeiro diz respeito ao homem ser ou não cidadão da *Pólis*, ou seja, ser ou não criador de debates nas *Àgoras* e o segundo, ao homem nascer livre, se tornar livre ou ser escravo de outrem. Para os gregos e romanos, havia uma linha pré-destinada aos homens, isto é, estes nasciam já com uma determinada finalidade a ser cumprida, que ia sendo aprimorada no decorrer de suas vidas, entretanto, aqui não existe escolha própria que afirme a liberdade e

autonomia dos mesmos.

Ainda se tratando de história, acredita-se segundo muitos historiadores que a dignidade humana foi aos poucos sendo elevada, mas que jamais havia sido tão ressaltada quanto foi com a propagação do Império Romano e conseqüentemente do Cristianismo, uma vez que os dois principais dogmas desta religião são : “amai a todos como a ti mesmo” e “amai a Deus acima de tudo e de todos”, assim, elevou-se a dignidade humana a padrões até então inimagináveis, uma vez que a religião era responsável pela obediência e regra social, destarte como todos eram irmãos (filhos de Deus) e semelhantes à Deus, todos deveriam seguir seus ensinamento e os que dispusessem de maneira contrária, eram tidos como pecadores e haveriam de pagar no purgatório, ideia que era extremamente temida pelos fiéis, pois a Igreja apresentava mais dominação que os próprios reis e soberanos.

Posteriormente, houveram documentos de grande importância para o reconhecimento de alguns direitos próprios, dentre eles é importante citar a Magna Carta (1215) e o Bill of Rights (1689), entretanto o grande avanço quanto ao homem, em relação aos direitos e garantias individuais, liberdade e valorização da pessoa, se deram com a Declaração de Direitos dos Homens e Cidadãos (1789).

Contudo, ocorreram na Segunda Guerra Mundial, diversas atrocidades cometidas contra povos considerados inferiores aos da “raça ariana” e em decorrência disto sentiu-se a necessidade de tornar os Direitos Humanos, direitos positivados pelo âmbito jurídico, interpretados seguindo o viés da dignidade da pessoa, a partir de então a ONU, criou um órgão especializado para este setor e com este ideal, se criou o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com a intenção de existir um órgão no qual fosse capaz de abranger os países da América.

Este Sistema é composto por uma Comissão, responsável por avaliar os casos à ela encaminhados e por uma Corte, que deve julgar estes casos com base em suas jurisprudências e na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, é composta por sete membros e possui sua sede em Washington, D.C, foi criada em 1959 junto da Corte pela OEA, tendo sido instalada ao Sistema em 1979, e foi iniciada formalmente com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, ademais foi aceita a própria Carta da OEA, possuindo “os direitos fundamentais da pessoa humana”, como um princípio fundador da Organização.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, possui grande influência na defesa destes direitos, uma vez que desde seu primeiro caso Velasquez Rodrigues vs. Honduras, desempenhou o papel de punir os Estados signatários da Convenção, que agiram de acordo com uma inconvenção, responsabilizando-os as devidas custas e reparações; a título de exemplo, no

Cone Sul, pode-se citar a Argentina, no caso Lapacó Carmen Aguiar vs. Argentina, que antes mesmo de ser julgado pela Corte (entretanto influenciada por outras decisões em casos semelhantes desta), instituiu a CONADEP (Comissão Nacional sobre o Desaparecimento de Pessoas), sendo o primeiro país a instalar uma Comissão da Verdade, valendo ressaltar que o país passava por uma Justiça de Transição, tema que será abordado no decorrer deste artigo.

A jurisprudência da CIDH demonstra os efeitos tidos por ela no passado e estes repercutem no presente e servem de exemplo, como forma de evitar que, no futuro, casos semelhantes aos julgados ocorram novamente, ou seja, este Sistema que defende os Direitos Humanos de atrocidades que por sua vez os venham a violar, repercute não somente no passado e no presente, como também no próprio futuro, e por isso é demasiado imprescindível.

2. A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA POR MEIO DA TRANSIÇÃO DO IMPURO AO PURO

Aristóteles, filósofo grego, já classificava em seu tempo os tipos de governo, dividindo-os seguindo dois critérios basilares: i) numérico (considerava-se o número de pessoas que estavam no governo); ii) moral (no qual se dividia em dois, o puro/normal e o impuro/anormal). Para este filósofo os governos puros se tratavam daqueles que eram governados pensando no bem comum, alcançado por meio de leis que levassem a igualdade e felicidade em mesma proporção para todos os cidadãos da Pólis, havendo como exemplo por tanto: Monarquia, Aristocracia e a Democracia. Já os governos impuros, são aqueles que o(s) governante(s) agem apenas para si mesmo(s), logo, tem-se como exemplo: Tirania, Oligarquia e Demagogia.

Ao se tratar de justiça de transição, existe um contexto que assola o Estado, normalmente trata-se da transição de uma Ditadura para uma Democracia. Entretanto, ao interpretar segundo a visão de Aristóteles, trata-se da transição de um governo impuro/anormal para um governo puro/normal, podendo pertencer a essa transição, qualquer uma das anteriores formas de governo apresentadas.

É notória a importância de compreender que governos impuros, como as Ditaduras, podem ser de direita ou esquerda e ainda que as mesmas, podem se configurar, na visão Aristotélica, como tiranas (um exemplo, Napoleão 1799-1804), oligárquicas (Ditadura militar brasileira 1964-1985) ou ainda demagogas (maiorias).

Dessa maneira, antes de adentrar em justiça de transição, há de se definir dois conceitos, referentes a dois sistemas de governos: Ditadura e Democracia. Como dito anteriormente, existem outras formas de governo puras e impuras, entretanto são estas as que mais permeiam o contexto mundial, em especial do Cone Sul.

A Ditadura, que em sua essência significa ausência de democracia, diz respeito a consequência do Caudilhismo e que por si foi a tentativa de implementação do Bolívarismo (a ideia). Suas principais características são: autoritarismo, concentração dos poderes, vitalício, militarismo, controle dos meios de comunicação e principalmente a não existência de limites legais, assim como acontecia nas monarquias absolutistas.

Em um primeiro momento, a Ditadura foi criada como maneira de sanar problemas de administração públicas, concentrando os poderes em uma única pessoa por um pequeno tempo, algo que nos remete a antiguidade romana; nos momentos em que Roma enfrentava crises, a melhor solução encontrada pelos romanos era nomear um ditador, a fim de que este tivesse poder em mãos para governar até que a situação retornasse a tranquilidade, entretanto, na prática percebe-se que o que ocorre é exatamente o contrário de sanar graves problemas sociais e de administração pública, uma vez que, justamente pelo fato de não haver limites legais, os direitos humanos são ignorados, assim como a dignidade humana. Vale ainda ressaltar que existem 3 tipos de Ditadura, a do proletariado (descrita por Karl Marx e muito utilizada na Guerra Fria, com a disseminação dos ideais socialistas), do sistema em crise (presente até os dias atuais na Constituição Federal brasileira, conhecida como Estado de Defesa e de Sítio em seu artigo 136 e 137 respectivamente) e por fim, a totalitária (como por exemplo, a Ditadura Chilena 1973-1990).

A Democracia, diferentemente da Ditadura é um regime de governo que possui a separação dos poderes, definida por Montesquieu em seu livro O Príncipe, de modo que estes são colocados sob a responsabilidade de governantes eleitos pelo povo, através do sufrágio universal, assim, o povo é o titular destes poderes, sendo portanto a maneira mais segura de se encontrar as necessidades de todos atendidas, alcançando a felicidade geral, conforme defendido por Sócrates e Aristóteles. Abraham Lincoln em 1863 já dizia: “A Democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

Para estabelecer um conceito mínimo de democracia, Bobbio (1986, p. 20) afirma que:

(...) não bastam nem a atribuição a um elevado número de cidadãos do direito de participar direta ou indiretamente da tomada de decisões coletivas, nem a existência de regras de procedimento como a da maioria (ou, no limite, da unanimidade). É indispensável uma terceira condição: é preciso que aqueles que são chamados a decidir ou a eleger os que deverão decidir sejam colocados diante de alternativas reais e postos em condição de poder escolher entre uma e outra. Para que se realize esta condição é necessário que aos chamados a decidir sejam garantidos os assim denominados direitos de liberdade, de opinião, de expressão das próprias opiniões, de reunião, de associação, etc. — os direitos à base dos quais nasceu o estado liberal e foi construída a doutrina do estado de direito em sentido forte, isto é, do estado que não apenas exerce o poder sub lege, mas o exerce dentro de limites derivados do reconhecimento constitucional dos direitos "invioláveis" do indivíduo. Seja qual for o fundamento filosófico destes direitos, eles são o pressuposto necessário para o correto funcionamento dos próprios mecanismos predominantemente procedimentais que caracterizam um regime democrático. As normas constitucionais que atribuem estes direitos não são exatamente regras do jogo: são regras preliminares que permitem o desenrolar do

jogo.

Assim já havendo a definição dos dois tipos de governo onde mais se encontra a necessidade da justiça de transição, é preciso explicitar de que a mesma se trata, sendo utilizada em momentos de mudanças políticas, uma vez que na transição de um governo impuro para um puro existem muitos problemas sem precedentes a serem sanados, servindo portanto como uma solução legal para estruturar novamente a sociedade, de modo que, as atrocidades cometidas por um governo autoritário sejam analisadas, garantido os direitos à verdade, à memória e à reparação, quer dizer, trata-se de um conjunto de medidas históricas, administrativas, reparatórias e responsáveis por sancionar os responsáveis por cometerem determinados fatos típicos, ou seja, é uma maneira de consolidar a Democracia.

A Justiça de Transição, segundo o conselho da ONU trata-se de: “todos os processos e mecanismos associados às tentativas de uma sociedade de entrar em acordo com uma herança de abusos em alta escala, com o fim de assegurar accountability, servir à justiça e alcançar a reconciliação” (ROESLER e SENRA, 2013, p. 42)

A ONU, é uma das organizações com maior papel dentro do assunto Justiça de Transição, uma vez que alguns de seus informes constituem o núcleo de parâmetros, por meio do “Princípio Joinet” (1997) e o “Conjunto de princípios atualizados pra luta contra a impunidade”, ambos da Comissão de Direitos Humanos da ONU. Assim como os seguintes documentos também são de grande importância para países em transição cumprirem com seu papel por meio dos direitos humanos: “O direito de restituição, indenização e reabilitação das vítimas de graves violações de direitos humanos e das liberdades fundamentais” de Theo Van Boven (2006) e o documento, considerado como o mais importante em Justiça de Transição para muitos, “O Estado de Direito e a Justiça de Transição em sociedades em conflito ou pós conflito” (2004) do Conselho de Segurança da ONU.

Sendo importante enfatizar as violações que normalmente são cometidas por governos autoritários, estando entre elas: desaparecimento forçado, massacres, execuções extrajudiciais e tortura.

Em regra, nos países do Cone Sul essa Justiça de Transição se deu por meio da lei de anistia, que é incompatível aos Direitos Humanos em inúmeras de suas características, a mesma será tratada de maneira específica em tópicos seguintes do presente trabalho.

3. ELEMENTOS BASILARES PARA UMA DEMOCRACIA, SEGUNDO O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: DIREITO A MEMÓRIA, VERDADE, JUSTIÇA E REPARAÇÃO

Como maneira fiel de consolidar um regime democrático, principalmente nos casos de transição tardia da América Latina, existem 3 direitos basilares consoante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sendo eles: (i) direito à memória; (ii) direito à justiça; (iii) direito à verdade.

O instituto do Direito à Memória e a Verdade foi a maneira encontrada de constituir uma verdade oficial acerca dos acontecimentos históricos em relação aos governos autoritários, caracterizados pelas práticas abusivas e graves violações aos direitos humanos, anteriores a transição para a forma de governo pura; integrar a memória aos fatos ocorridos à população constitui a base para que os demais pilares da Justiça de Transição. No Brasil um exemplo de verdade oficial, foi no caso Vladimir Herzog, que segundo justificativas do governo militar, se suicidou, entretanto, posterior a ascensão da Democracia no país, foi feito um esclarecimento oficial, e descoberto que o Sr. Herzog se apresentou voluntariamente para depoimento ao DOI e foi morto por enforcamento.

Desse modo, esclarece Hannah Arendt (2001, p. 36-37):

(...)A primeira coisa a ser observado é que não apenas o futuro – “a onda do futuro” –, mas também o passado, é visto como uma força, e não, como em praticamente todas as nossas metáforas, como um fardo com que o homem tem de arcar e de cujo peso morto os vivos podem ou mesmo devem se desfazer em sua marcha para o futuro. Nas palavras de Faulkner: “o passado nunca está morto, ele nem mesmo é passado”. Esse passado, além do mais, estirando-se por todo esse trajeto de volta à origem, ao invés de puxar para trás, empurra para a frente e, ao contrário do que seria de esperar, é o futuro que nos impele de volta ao passado.

Dentro deste direito, integrou-se as comissões da verdade, cabendo a estas, como objetivo principal, esclarecer os fatos, almejando como o próprio nome diz – a verdade, uma versão verídica para cada fato e/ou morte, entretanto, não é poder da comissão atribuir culpa ou pena, assim como uma corte faria, ou seja, ela não detém poder punitivo já que a Lei de Anistia prossegue com sua validade.

O primeiro país a instituir de maneira oficial a Comissão da Verdade, tendo sido a Argentina, que ao reparar nas responsabilizações impostas a Honduras, no caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, decidiu antes mesmo de ser julgada pela Corte dar início ao projeto, sendo tida por muitos historiadores como um exemplo neste contexto do Cone Sul, onde muitos dos países ainda não fizeram desse modo.

O Chile, como exemplo, para demonstrar o quão esclarecedora a Comissão da Verdade é para um país, no decorrer da ditadura de Pinochet (1973-1990), caso Almonacid Arellano e outros vs Chile, já mencionado neste trabalho, o estado Chileno admitia 2.279 (dois mil duzentos e setenta e nove) casos onde houveram violações aos direitos humanos, contudo, após os estudos da Comissão da Verdade este número ascendeu para a incrível margem de mais de 28 mil denúncias.

No tocante ao Brasil, apenas nos governos Lula e Dilma que se instaurou uma Comissão Nacional da Verdade no país. E apenas com a ADPF 320 do PSOL, que posteriormente chegou ao STF, houve um requerimento do cumprimento da sentença da CIDH no caso Gomes Lund. Posteriormente com uma revisão do Ministério Público Federal passou-se a oferecer denúncias dos responsáveis por violar os direitos humanos no momento de Ditadura no país. A própria Presidente Dilma Rousseff durante cerimônia de instalação da CNV disse: “o Brasil merece a verdade, as novas gerações merecem a verdade e, sobretudo, merecem a verdade factual aqueles que perderam amigos e parentes e que continuam sofrendo como se eles morressem de novo e sempre a cada dia”.

Ainda sobre a importância da criação da CNV, no Terceiro Plano Nacional de Direitos Humanos versa que:

A história que não é transmitida de geração a geração torna-se esquecida e silenciada. O silêncio e o esquecimento das barbáries geram graves lacunas na experiência coletiva de construção da identidade nacional. Resgatando a memória e a verdade, o País adquire consciência superior sobre sua própria identidade, a democracia se fortalece. As tentações totalitárias são neutralizadas e crescem as possibilidades de erradicação definitiva de alguns resquícios daquele período sombrio, como a tortura, por exemplo, ainda persistente no cotidiano brasileiro. (PNDH – 3, p. 170)

(...)As ações programáticas desse eixo orientador têm como finalidade assegurar o processamento democrático e republicano de todo esse período da história brasileira, para que se viabilize o desejável sentimento de reconciliação nacional. E para se construir consenso amplo no sentido de que as violações sistemáticas de Direitos Humanos registradas entre 1964 e 1985, bem como no período do Estado Novo, não voltem a ocorrer em nosso País, nunca mais. (PNDH-3, p. 173)

A Comissão da verdade brasileira é composta por 7 membros que foram escolhidos pela Presidente Dilma, sendo estes: Cláudio Fonteles, Gilson Dipp, José Carlos Dias, João Paulo Cavalcanti Filho, Maria Rita Kehl, Paulo Sérgio Pinheiro e Rosa Maria Cardoso da Cunha. Emitiu um relatório final, com mais de 4 mil páginas, com diversas recomendações de mudanças necessárias, mais precisamente 29, sendo o fruto de dois anos e sete meses de árduo trabalho. Esse relatório é possível de ser acessado pela internet por qualquer cidadão.

Outros exemplos de projetos de memória importantes para o Brasil, foram: modificações dos nomes de ruas e memoriais (como o Memorial da Anistia).

No concernente à Direito à Justiça, é importante compreender que o conceito de justiça é muito amplo, sendo interpretado de diferentes maneiras por cada pessoa, dependendo de cada corrente. Para a corrente naturalista, a justiça é elementar para a validade de uma norma, já para o positivismo, a validade é elementar para a justiça e para o pós positivismo, a norma pode ser válida, mas não justa, sendo necessário outros meios de interpretação para encontrar essa justiça. Assim, se diz respeito ao direito que as vítimas e seus familiares possuem de que as pessoas responsáveis pelas violações aos direitos humanos, sejam investigadas, julgadas e sancionadas de acordo com o Devido Processo Legal.

Ao se falar em Direito à reparação, deve se levar em conta o âmbito material, simbólico e psicológico. A primeira forma normalmente se trata de indenizações, a segunda de monumentos, nomes de ruas ou institutos e a terceira, o Estado deve oferecer assistência psicológica e psiquiátrica as vítimas ainda vivas e aos familiares destas e daquelas que faleceram ou desapareceram.

Um exemplo em que os três direitos estão presentes de maneira bastante clara, foi no caso *Baldeón García vs. Peru*, em que o Estado do Peru, teve que publicar em seu Diário Oficial e em algum outro meio de informação os fatos da sentença (direito à memória), assim como fazer um pedido de desculpa oficial e uma declaração internacional sobre os fatos; o Peru também foi responsabilizado a observar as garantias processuais em um prazo razoável, como forma de investigar, responsabilizar e sancionar os responsáveis pelas violações (direito à justiça); e em um prazo de 1 ano, o Estado teve que dar nome à uma rua, praça ou escola em memória de Barnabé Baldeón (direito à reparação simbólica), assim como oferecer acompanhamento de saúde (direito à reparação psíquica) e indenizações (direito à reparação material).

4. A INCONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA PERANTE A CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

No primeiro caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), onde o Estado de Honduras foi condenado por violar os artigos 5,7 e 4 da Convenção, ambos em relação ao artigo 1,1, da mesma, foram estabelecidos alguns padrões para que se instituísse uma Justiça de Transição, entre estes, estão: (i) garantir a devida reparação às vítimas, ainda que de maneira simbólica e material; (ii) adotar medidas de prevenção à violação dos Direitos Humanos; (iii) oferecer mecanismos para explicar possíveis situações que acabam por violar dos Direitos Humanos; e (iv) responsabilização dos agentes que violaram os Direitos Humanos.

Via de regra, os países da América, principalmente os em desenvolvimento, utilizaram da Lei de Anistia como forma de efetuar uma Justiça de Transição, mas cabe ressaltar que não existe apenas uma única forma de se realizar tal passagem, entendendo que cada país possui suas peculiaridades, sendo a Anistia a maneira mais inapropriada de cumprir com os parâmetros pré estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma vez que por meio desta Lei, leva-se o perdão aos agentes, que em um governo autoritário acabaram por descumprir com os direitos humanos; por meio da Anistia, nega-se o direito à investigar, punir e os 3 pilares básicos da Justiça de Transição: o direito à memória, reparação e verdade, levando portanto ao esquecimento da história que acabou por desolar inúmeras pessoas e famílias e junto a isso, acaba por extinguir também a garantia de não repetição. A Lei de Anistia conseqüentemente não colabora de modo a

construir uma democracia consistente, de maneira contrária, ela impossibilita sua existência.

O próprio Brasil cabe como exemplo quanto a quebra dos 3 pilares desta Justiça, no ano de 1979, em 28 de agosto, promulgou a Lei de Anistia (lei número 6.683/79) perdendo aqueles que cometeram violações inaceitáveis no que tange os Direitos Humanos nas datas entre de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e mesmo após 32 anos ainda não encontrou todos os corpos de desaparecimento forçado, dos quais se tem conhecimento, da época da Ditadura Militar, restando como consequência para a família ter de declarar morte presumida, por serem possíveis vítimas do Regime (isso devido as semelhanças fáticas com que se deram estes desaparecimentos), negando assim, um direito da personalidade, o enterro digno, vindo desde os gregos antigos, como relatado por Sófocles em sua peça Antígona.

A própria Corte no caso *Barrios Altos vs. Peru*, declarou a Lei de Anistia como inadmissível, assim como um Estatuto de limitações e o estabelecimento da exclusão de responsabilidade, uma vez que essas medidas tendem a impedir a investigação e punição dos responsáveis pelas violações aos Direitos Humanos. No caso, a Lei de Anistia, como a adotada pelo Peru impede que a família da(s) vítima(s) e as próprias vítimas sobreviventes estejam perante um juiz e acabem por utilizar do direito ao devido processo legal e acesso à justiça. Violando portanto os artigos 1.1,2,8 e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos, por tanto conclui-se que leis como esta, são como obstáculos a verdadeira justiça legal e incabíveis a graves violações de direitos humanos e crimes de lesa humanidade.

Quanto a manifestação da Corte em relação a incompatibilidade das Leis de Anistia, pode-se citar, além do caso anterior, o *Almonacid Arrelano e outros vs. Chile*, esse foi de extrema importância para determinar meios de averiguação entre a lei interna do país e a esfera internacional, o que tem por objetivo garantir a segurança jurídica da população e a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, seguindo a mesma linha existem ainda os casos *German vs. Uruguai* e no *Gomes Lund vs. Brasil*, sendo que no último, o Estado Brasileiro foi condenado pela Corte IDH pelos crimes cometidos por militares entre os anos de 1961 e 1979; entendeu-se que cabe ao Estado Brasileiro efetuar as devidas investigações penais, responsabilizando aqueles responsáveis, assim como encontrar os restos dos desaparecidos ainda não encontrados, além de fornecer os devidos tratamentos médicos, psíquicos e psicológicos à família, bem como assumir a responsabilidade internacionalmente, pagar as devidas indenizações e instituir a obrigatoriedade e permanência dos Direitos Humanos para todos os militares.

Destarte, percebe-se a inconveniência presente na Lei de Anistia adotada por países como o Peru, Brasil e o Uruguai, uma vez que esta segue de forma completamente contrária aos parâmetros anteriormente citados e ainda viola a base da Justiça de Transição, não garantindo

portanto a segurança da população mediante ao governo adotado ou aos que irão ser adotados, isso porque uma vez válida a Lei de Anistia, ou seja, o perdão à atos que corrompem a dignidade humana, também se valida a insegurança, pois não existe garantia de não repetição, uma vez que os violadores dos direitos, tidos por muitos como primordiais, saíram impunes de seus fatos típicos consumados. Cabe pontuar que nem tudo o que é admitido pela Constituição de um país é convencional e válido, em outras palavras, uma lei pode ser constitucional, ou seja, estar dentro dos padrões para determinada Constituição, todavia, é inconvenção pois desrespeita os Tratados de Direitos Humanos.

Vale ressaltar também que o controle de convencionalidade é tido de diferentes formas em cada país, uma vez que existem duas teorias acerca da posição dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, sendo elas: (i) o Monismo, que afirma não haver distinção entre estes Tratados e as leis internas, sendo uma Teoria com base no positivismo, portanto seu principal expoente foi Hans Kelsen e a Teoria Dualista, afirmando haver distinção entre ambas legislações, com base nos ideais de Triepel, defende a autodeterminação dos povos, seguindo Hugo Grossio. Os países também podem adotar diferentes posições para estes tratados dentro da hierarquia de leis, podendo ser tido o mesmo como: supra constitucional, nível de lei constitucional, supra legal (aceito pelo Brasil) e ainda nível de lei ordinária. Ainda com todas essas possíveis diferenças hierárquicas, é importante a interpretação de que a lei interna deve sempre estar de acordo com o Tratado, uma vez que o país ao qual se refere tenha aceito a competência contenciosa e se tornado signatário do Pacto por livre e espontânea vontade.

O controle de convencionalidade foi tratado de maneira mais específica pela Corte no caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, tomando assim uma maior proporção quanto ao assunto. Em relação a Convenção, em seu artigo 1 e 2 estão dispostos os compromissos que o Estado deverá acatar, cabendo ao mesmo reparar os danos causados por governo anterior de maneira eficaz para a população e ainda os danos causados por terceiros, caso contrário, o Estado acaba por responder como coadjuvante, se souber dos fatos cometidos.

5. O BRASIL E SUA RELAÇÃO PARA COM A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

É inegável todas as melhorias tanto que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, trouxeram para seus países signatários no que diz respeito a proteção e promoção dos Direitos Humanos. Todo esse cuidado, por sua vez, deixou espécies de “legados” através de suas sentenças, opiniões consultivas³, nas visitas in loco

3 Grupo foi instalado em 16 de maio de 2012 e tem a finalidade de apurar violações de direitos humanos cometidas

realizadas, nos informes anuais, enfim, em toda sua estruturação, tendo em vista que quando a Corte responsabiliza um Estado não é uma atitude em vão, espera-se que este mude aquela determinada situação, como no caso do Brasil que foi responsabilizado como já mencionado anteriormente, devido a Lei de Anistia, e caso o país não aprenda com as sentenças proferidas e continue por manter tal lei em seu ordenamento jurídico, ao invés de aceitar sua inconveniência, não faltarão casos a serem julgados no que tange o desrespeito a direitos e garantias fundamentais. Em relação ao Brasil, há dois casos no tocante à Justiça de Transição, o primeiro deles é o Gomes Lund e outros vs. Brasil, caracterizado pela perseguição aos ideais contrários dos militares, a petição contra o Brasil chegou na Comissão Interamericana de Direitos Humanos dia 7 de agosto de 1995, que concluiu que o Estado brasileiro torturou, deteve e foi responsável pelo desaparecimento de membros do PCdoB e camponeses. A CIDH também chegou a conclusão anteriormente exposta em relação a Lei de Anistia (lei nº 6.683/1979). Em 26 de março de 2009 o caso foi submetido a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que declarou a Lei de Anistia como incompatível com o Pacto, assim como que o Estado deveria conduzir de modo eficaz o devido processo legal, como forma de responsabilizar os agentes dos fatos de violação, coube também ao Brasil encontrar os familiares de vítimas ainda não contatados e devolver os corpos aos familiares em geral; o Brasil também deveria arcar com tratamento médico, psíquico e psicológico, assumir a responsabilidade internacionalmente, pagar indenizações impostas pela Corte e deixar claro a obrigatoriedade e permanência dos Direitos Humanos a todas hierarquias de militares.

Quanto ao segundo caso que envolve o Estado brasileiro, foi denominado de Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, caso em que o jornalista foi espontaneamente prestar depoimento ao DOI (polícia política), e não voltou, a justificativa dada na época fora um suicídio, entretanto posteriormente descobriu-se a verdade: que ele havia sido assassinado pelos agentes pertencentes ao regime ditatorial. A petição foi enviada para a Comissão em 2009, que submeteu o caso para a Corte dia 22 de abril de 2016, a qual decidiu que o Brasil fora responsável pela falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pela tortura e morte de Herzog e novamente em relação a Lei de Anistia. Ou seja, neste caso, todos os pilares foram violados pelo Brasil, bem como uma inconveniência já retratada duas vezes.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em sua visita in loco ao Brasil, que ocorreu na data de 5 a 12 de novembro de 2018, pôde observar como a situação dos direitos humanos está no Estado Brasileiro, cabendo ressaltar que esta foi a primeira vez da instituição em território brasileiro desde 27 de novembro a 9 de dezembro de 1995.

no País entre 1946 e 1988. Disponível em: <https://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2013-05-16/veja-quem-sao-os-membros-da-comissao-nacional-da-verdade.html>. Acesso em 22 Jun. 2019.

Em relação a justiça de transição, tema do presente artigo, a Comissão constatou que o país ainda custa a responsabilizar todos os culpados pelos crimes ocorridos no período ditatorial, da mesma forma que faltam medidas de não repetição adequadas, ou seja, a sentença proferida pela Corte não foi efetivada por completo, posto que embora o Estado Brasileiro em virtude da sentença expressa pela Corte, hoje tenha a Comissão Especial sobre mortos e Desaparecidos Políticos, a Comissão de Anistia e a Comissão Nacional da Verdade (CNV), e ainda há de se falar em instituições de níveis regionais, todos consistem em meios que visam a verdade através de conversas com testemunhas sobreviventes, investigações profundas e documentos significativos, entretanto, haja vista a situação inerte do país em alguns pontos, a Comissão se posicionou da seguinte maneira em sua relatoria.

Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil em relação a qual deveria ser o prosseguimento correto para o país, consoante relatoria feita pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁴:

i) Dar continuidade às políticas públicas de memória, verdade, reparação integral e mecanismos de não repetição, segundo os parâmetros interamericanos. ii) Criar órgão de seguimento do cumprimento das recomendações da Comissão Nacional da Verdade e fortalecer as atividades desenvolvidas pela Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, em especial as atividades desenvolvidas no âmbito do Grupo de Trabalho Perus e do Grupo de Trabalho Araguaia. iii) Avançar no cumprimento integral da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund ("Guerrilha do Araguaia"); Vladimir Herzog e outros. iv) Expandir o quadro de defensores públicos estaduais e federais, de modo a aumentar sua capacidade de oferecer assistência jurídica gratuita aos segmentos mais vulneráveis da população.

Mesmo que o Brasil crie diversos órgãos, porém continue mantendo a Lei de Anistia vigente, os 4 quesitos - memória, verdade, justiça e reparação, terão dificuldades a serem alcançados. Realizando uma análise ainda mais profunda, a desordem na passagem da ditadura para democracia em solo brasileiro e a falta de punibilidade daqueles violadores de direitos humanos, explicam em partes o cenário violento no qual o país se encontra atualmente, assimilando que os crimes do passado ainda esperam por respostas, muitos casos que foram e são esquecidos em um passado violento, assim como na atualidade diversos outros casos esperam por justiça. A diferença é que no período ditatorial geralmente aqueles mais atingidos eram opositores do governo, já nos dias atuais percebe-se que as minorias (não em relação a quantidade, mas sim em correspondência a importância destes para a sociedade- como os LGBTQ, negros, moradores de áreas rurais, indígenas, dentre outros), são os que tendem a sofrerem mais com a falta de justiça.

CONCLUSÃO

4 Observações preliminares da visita in loco da CIDH ao Brasil. Disponível em: <http://www.iser.org.br/site/wp-content/uploads/2018/11/238OPport.pdf>. Acesso em: 20 Jun.2019.

Apura-se a demasiada e imprescindível importância da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que obstinam cessar com o desrespeito às pessoas e os diferentes tratamentos a estas. Conforme explanado pelo presente artigo, percebe-se a insegurança jurídica exposta pela Lei de Anistia, que no Brasil ainda permeia, permitindo assim que as feridas da ditadura permaneçam em existência e que os direitos à memória, verdade e reparação (basilares da Justiça de Transição), portanto a consolidação da Democracia, sejam violados. Não obstante retira-se da população a garantia de que os legados autoritários não serão repetidos, interrompendo assim uma herança de autoridades sem limites legais, com governos caracterizados como tiranos.

Ademais, os países do Cone Sul, devem em respeito ao Pacto do qual são signatários e a sua população, revogar a Lei de Anistia, averiguando, responsabilizando e implementando as devidas sanções aos agentes violadores dos direitos humanos, garantindo assim, que a devida justiça legal perante ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos seja implantada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Daniela de Lima. **A Comissão Nacional da Verdade e seu papel na estrutura democrática brasileira**. 2013. 85 f. Monografia Graduação (Bacharel em Direito) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente.

CIDH. Comunicado de Imprensa: A CIDH informa resultados inéditos de seu trabalho em 2018 e apresenta o relatório de progresso do segundo ano de implementação do Plano Estratégico durante 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2019/036.asp>>. Acesso em: 17 Jun. 2019.

CIDH. O que é a CIDH. Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/que.asp>>. Acesso em: 16 Jun. 2019.

CNV. **O QUE É JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO**. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/justica-de-transicao/>>. Acesso em: 12 Jun. 2019.

Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 20 Jun. 2019

Corte IDH. **Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006** (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, n. 154. par. 145. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 20. Jun 2019

Corte IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. Sentença de 24 de Novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**. disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em 20 Jun de 2019.

Corte IDH. Ficha Técnica: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=189&lang=es>. Acesso em: 18 Jun. 2019.

DIB, Gabriel d'Arce Pinheiro; MARTINELLI, Jasminie Serrano. **A Inconvencionalidade da Lei de Anistia Brasileira e o Direito Processual Constitucional na Tutela Efetiva dos Direitos Fundamentais**. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7138>>. Acesso em: 20 Jun. 2019

Ficha Técnica: Baldéon García Vs. Perú. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=383>. Acesso em: 18 Jun. 2019.

Ficha Técnica: Barrios Altos Vs. Perú. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=267>. Acesso em: 18 Jun. 2019.

Technical Data: German Vs. Uruguay. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=345&lang=en>. Acesso em: 18 Jun. 2019.

TEÓFILO, João. Justiça de Transição: origem e desenvolvimento do termo. Disponível em: <<https://www.cafehistoria.com.br/justica-de-transicao/>>. Acesso em: 13 Jun. 2019.

VILAVERDE, Camila. **Corte Interamericana de Direitos Humanos condena Brasil por não investigar e punir a morte de Vladimir Herzog**. Disponível em:

<<https://vladimirherzog.org/corte-interamericana-de-direitos-humanos-condena-brasil-por-nao-investigar-e-punir-a-morte-de-vladimir-herzog/>>. Acesso em: 21 Jun. 2019.

WEICHERT, Luísa; YOUSSEF, Surrailly Fernandes. Justiça de Transição no Sistema

Interamericano de Direitos Humanos: estabelecendo parâmetros para o Cone Sul. Disponível em: <http://www.hu.usp.br/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/Weichert_Youssef_II-Simposio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf>. Acesso em: 13 Jun. 2019.

A ORDEM ECONÔMICA E OS GRUPOS VULNERÁVEIS SOB A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Larissa Aparecida COSTA¹

Isabella Cossa do Prado OLIVEIRA²

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar o contexto de exclusão que permeia o acesso e a permanência de grupos historicamente excluídos, frente ao mercado de trabalho. O mercado de trabalho pode revelar-se por meio de contextos de exclusão, de acordo com o paradigma exclusivamente patrimonialista que pauta a ordem econômica, dessa forma, realiza-se um recorte na posição de vulnerabilidade e obstáculos para a inclusão das pessoas com deficiência e da população negra no mercado de trabalho. Adotou-se como referencial teórico os estudos de Amartya Sen, em busca de consolidar uma análise das relações travadas no âmbito empresarial sob o prisma dos direitos fundamentais. Por meio do método dedutivo, esteando-se na dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica.

PALAVRAS-CHAVE: ordem econômica. Democracia. Grupos Vulneráveis. Constituição.

ABSTRACT

The present research seeks to analyze the context of exclusion that permeates the access and permanence of historically excluded groups, in front of the labor market. The labor market can reveal itself through contexts of exclusion, according to the exclusively patrimonialist paradigm that guides the economic order, in this way, a cut in the position of vulnerability and obstacles for the inclusion of the disabled and of the black population in job market. These researches of Amartya Sen were taken as a theoretical reference, in order to consolidate an analysis of the relationships prism of fundamental rights. Through the deductive method, stepping into the dignity of the human person, a foundation of the Republic Federative of Brazil and the economic order.

KEYWORDS: economic order. Democracy. Vulnerable Groups. Constitution.

INTRODUÇÃO

As atividades humanas que envolvem o labor, tem influência direta na qualidade de vida do indivíduo, ao passo que denotam a sua integração ou exclusão do contexto social, assim como o acesso a recursos para a manutenção da vida humana.

A constitucionalização da ordem econômica, oportunizou, ao menos no plano legislativo, a tutela ao trabalho humano, à medida que pelo caráter de fundamentalidade atribuído pela Constituição ao labor e a dignidade humana, galgou-se a efetiva centralidade do indivíduo na seara econômica.

1 Mestra em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Presidente da Comissão de Igualdade Racial – 29ª Subseção OAB/SP. Professora da disciplina de Prática Penal no curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. e-mail: larissac.adv@gmail.com.

2 Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Bacharela em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Advogada. E-mail: isabellaprado@hotmail.com.

No plano constitucional, cumpre verificar de que modo se dá a tutela ao trabalho humano, uma vez que não restringem a figura do trabalhador enquanto mero instrumento para a manutenção do sistema produtivo, mas, sobretudo, vislumbram suas necessidades básicas enquanto indivíduo e sua singularidade como sujeito de direitos.

Dessa maneira, por meio do método dedutivo o primeiro capítulo analisa de que forma se deu a constitucionalização da ordem econômica, a fim de evidenciar o valor social do trabalho humano nos mais variados contextos históricos.

O segundo capítulo cuida de apresentar os obstáculos de acesso e permanência de negros e pessoas com deficiência no mercado de trabalho, pautados no racismo estrutural e o panorama da normalidade, respectivamente.

Nesse cenário, dada a importância do trabalho na vida humana e por entender que o trabalho ocupa ainda um papel central nas sociedades modernas, o mesmo não pode permanecer restrito a uma parcela da população, excluindo os indivíduos taxados como inaptos para o mercado de trabalho, e em grande medida dos mais variados contextos sociais.

Nessa perspectiva, o mercado de trabalho figura enquanto mecanismo capaz de revelar contextos de exclusão ou inclusão social, de acordo com o paradigma que pauta a ordem econômica, diante de perspectivas que atribuem valor ao labor e a tutela a dignidade humana, ou de acordo com os intentos exclusivamente patrimonialistas.

O referencial teórico adotado pautou-se nos estudos de Amartya Sen, à medida que propõem um desenvolvimento econômico atrelado a liberdade, vislumbrando um cenário apto a oportunizar o desenvolvimento das potencialidades humanas e o rompimento com práticas discriminatórias.

1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

O grande desafio do contexto pós-moderno é consolidar, no plano fático, a essência axiológica do texto constitucional, garantidor dos direitos e garantias fundamentais nos Estados Democráticos de Direito.

A mudança de paradigma no âmbito dos direitos fundamentais, ocorrida a partir da segunda metade do século XX, influenciou de forma determinante na ampliação das novas dimensões de direitos fundamentais, onde se destaca o trabalho, enquanto direito social apto a promover a distribuição de riquezas e garantir condições mínimas de subsistência e participação social.

Ao atribuir primazia a dignidade da pessoa humana o constituinte elegeu os valores mais caros ao conjunto social, perfazendo um compromisso coletivo, expresso pela atuação do Estado e

de toda a sociedade em tutelar e efetivar os direitos fundamentais no plano fático.

O trabalho é um ator social de potencial econômico no ambiente jurídico-político, detém poderes transformadores sobre as relações de mercado, e é regido por normas sociais, exemplo claro de íntima relação econômica-social.

A natureza humana reclama proteção a sua dignidade frente aos intentos desmedidos do capital. Dessa maneira, o constituinte elencou princípios que orientam a ordem econômica com clara influência dos direitos humanos.

A Ordem Econômica e a Ordem Social estão prevista na Carta Magna no Título VII “Da Ordem Econômica e Financeira” e no Título VIII “Da Ordem Social” possuem diretrizes e finalidades em coerência com a Constituição, ou pelo menos, foram previstas para tanto.

A Magna Carta figura como marco na proteção dos direitos humanos, conforme afirma Flávia Piovesan (2010, p. 26):

A constituição brasileira de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no 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.

Primeiramente, aqui centraliza o significado de ordem em relação a algo já regulamentado e normatizado no âmbito jurídico. Refere-se aos mecanismos usados no processo de produção econômica e de estruturação do Estado.

A Ordem Econômica sempre existiu, todavia, ao começar a ser regulamentada e prevista nas Constituições, passou a adquirir princípios e disposições que são meios para que o Estado zele pela sua manutenção e organização, de forma que, a dignidade e a justiça social não fossem exploradas.

Desde a Constituição de Weimar, as heranças sócio-políticas nos aspectos econômico-sociais passaram a estar presentes de forma a controlar os problemas de mercado e organizar o Estado. Assim discorre Marco Aurélio Peri Guedes, (1998, p. 62-63):

E é justamente a consagração desses Direitos Sociais na Constituição de Weimar que retrata perfeitamente a nova face do Estado alemão republicano, um Estado que intervém na ordem econômico-social para operar transformações e assistir os mais necessitados, distribuir racionalmente riqueza e lutar por justiça social [...] A Constituição de Weimar deu tratamento especial às relações trabalhistas. Para cuidar destas seriam criados Conselhos de Fábrica e de Conciliação Organizada.

Sendo assim, Eros Roberto Grau, (1998, p. 68-69) pronuncia-se quanto ao que entende como uma escrita de interpretação ambígua, que pode levar a hermenêuticas errôneas para o âmbito jurídico quanto ao texto da Constituição. Analisa ainda, que a Ordem Social e Econômica está

naturalmente interligada, pois bem:

[...] A menção a *uma* ordem social (seja *econômica* e *social* ou tão somente *social*) como subconjunto de normas constitucionais poderia nos levar a indagar do caráter das demais normas constitucionais – não teriam elas, acaso, também caráter social? O fato é que toda a ordem jurídica é social. Ademais, poder-se-ia mesmo tudo inverter, desde a observação de que a ordem social – ordem normativa, da sociedade – abrange, além da ordem jurídica positiva, uma ordem ética, inúmeras ordens religiosas e diversas ordens jurídicas não “positivadas”.

Ordem econômica e ordem social estão separadas a fim de que seja formalmente melhor apresentada. Sendo um equívoco interpretá-las como se fossem distintas, separadas, ainda que para uma aplicação jurídica prática.

A constitucionalização da tutela ao indivíduo frente as relações de trabalho, importam na consideração do papel do Estado frente a proteção do trabalho humano na ordem econômica, uma vez que a interferência se mantém a medida em que se verifica uma posição de hipossuficiência, que pode culminar no direcionamento da força de trabalho com o único fim de produção do lucro, olvidando o valor humano e a necessária proteção aos valores fundamentais que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

Nestes termos, assevera Canotilho (2003, p. 378):

Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como normas jurídicas vinculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”.

A constitucionalização da ordem econômica visa garantir o exercício racional das liberdades e garantias, se por um lado a livre iniciativa deve ser tutelada, a mesma não pode sobrepujar sua força a dignidade do trabalhador.

Dessa maneira, o intervencionismo estatal vem para harmonizar a atuação das liberdades dentro do cenário econômico, com o fim de alcançar no plano prático a primazia a dignidade da pessoa humana atribuída pela Magna Carta.

O regime econômico norteia-se pelo liberalismo econômico, definido pelo sucesso deste modelo à economia de mercado globalizada. Ainda que não fosse o modelo instaurado, as atividades econômicas de mercado dariam origem às externalidades, podendo elas serem positivas ou negativas.

Todavia, dentro do sistema do capitalismo liberal, as externalidades, mesmo as negativas e prejudiciais às esferas ambientais, trabalhistas, e qualquer outra mais, são consideradas “recompensadas naturalmente”. Pois o mercado liberal teria este poder. Sayeg e Balera (2011, p.

157), explicam que “as externalidades negativas geradas pelo fato econômico, o liberalismo econômico entende que as mesmas são, em princípio, absorvidas pelo mercado, resolvidas pela concorrência ou compensadas pelas externalidades positivas”.

O fato de haver uma livre iniciativa, não exclui a necessidade do Estado de estar nas relações na medida em que lhe cabe. Conforme Grau (1998, p. 195-196), a liberdade é importante, e a natureza humana é duvidosa, e este perigo refere-se a toda a sociedade em qualquer lugar do mundo.

De acordo com Bonavides (2011, p. 189):

Com a reconciliação entre o capital e o trabalho, por via democrática, todos lucram. Lucra o trabalhador, que vê suas reivindicações mais imediatas e prementes atendidas satisfatoriamente, numa fórmula de contenção de egoísmo e de avanço para formas moderadas do socialismo fundado sobre o consentimento. E lucram também os capitalistas, cuja sobrevivência fica afiançada no ato de sua humanização, embora despojados daqueles privilégios de exploração impune, que constituíam a índole sombria do capitalismo, nos primeiros tempos em que se implantou.

O homem é historicamente revelado quando tem o poder concentrado em suas mãos. O Estado surge como amparo para mediar às relações, ao mesmo tempo em que é uma “amarra”, concede liberdade ao mercado. Sua função social ultrapassa a finalidade de apenas querer o “bem da sociedade”, ou seja, ultrapassa a filantropia e fundamenta-se em conhecimentos empíricos sobre as relações humanas, conforme dispõem GRAU (1998, p. 196):

[...] O Estado passa a receber proteção não meramente filantrópica, porém politicamente racional. Titulares de capital e de trabalho são movidos por interesses distintos, ainda que se o negue ou se pretenda enunciá-los como convergentes. Daí porque o capitalismo moderno, renovado, pretende a conciliação e composição entre ambos. Essa pretensão é instrumentalizada através do exercício pelo Estado [...] Até o Estado do bem estar keinesiano, capaz de administrar e distribuir os recursos da sociedade “de forma a contribuir para a realização e a garantia das noções prevalentes *da justiça*, assim como de seus pré-requisitos evidentes, tais como o crescimento econômico” [...]

As garantias expressas no texto constitucional dirigidas ao trabalhador vislumbram seu papel não apenas sob o prisma econômico, enquanto instrumento para a manutenção do sistema produtivo em busca do lucro, mas, sobretudo, suas necessidades básicas enquanto indivíduo e sua singularidade como sujeito de direitos.

Visando à consolidação no plano prático de um capitalismo humanizado conforme afirma Sayeg e Matsushita (2008, p.2413):

Na análise do Artigo 170 da Constituição Federal, que é a matriz constitucional da ordem econômica, o que se pode extrair do conceito do direito econômico brasileiro atual é sua vocação de capitalismo humanista fundado no adensamento da liberdade, igualdade e fraternidade/solidariedade, que estabelece a medida da proporcionalidade, que produz o resultado do mínimo existencial, via de consequência, uma economia social de mercado, tal como a união europeia se autoproclama.

Dessa forma, a ordem econômica brasileira orientada pelos princípios da dignidade

humana e valorização do trabalho humano, tem a responsabilidade de concretizar na esfera laboral as garantias constitucionais elencadas para além do Artigo 170 da Constituição Federal.

A função social do Estado encontra-se nas entrelinhas da “constituição econômica” que se estende pelas normas constitucionais e infraconstitucionais que dispõe sobre a forma de se manter a atividade econômica. Incluindo o Estado como indispensável à dignidade e justiça social.

As garantias constitucionais que tutelam o indivíduo frente as relações de trabalho, derivam da primazia atribuída à dignidade humana pela Carta de 88 e incorporam aos fins da disciplina econômica condições para o bem-estar e acesso ao mínimo existencial, por meio do trabalho humano. Para Peixoto (2005, p. 676):

Basear a ordem social no trabalho, nada mais é do que possibilitar ao trabalhador, à parcela mais frágil da sociedade, o direito de viver com dignidade. Nessa vertente, a Ordem Social objetiva fornecer a todos os indivíduos um completo bem-estar, possibilitando-lhes o acesso à seguridade social, à educação, à cultura, ao desporto, à ciência, à tecnologia entre outras formas de integração social.

Embora o Estado atue com vista ao desenvolvimento econômico e a geração de riquezas, a fim de manter-se competitivo frente à economia globalizada, não deve perder de vista as garantias ao indivíduo que move os setores econômicos sejam pelo trabalho executado nas lavouras, nas indústrias, nos polos de produção; seja na criação de software e plataformas para modernizar o sistema produtivo e o escoamento dos produtos, enfim, desde o início até a comercialização dos bens e a prestação de serviços, deve primar pela promoção da justiça social.

A vigente disciplina constitucional da ordem econômica, para além de estar voltada para a geração de riquezas, vislumbra a proeminência em tutelar o indivíduo, envolvido nos mais variados contextos de produção frente ao modelo econômico, enquanto via única para o concreto desenvolvimento, que permanece atrelado ao corpo social em seu conjunto de direitos e garantias.

Assim sendo, a efetividade das garantias constitucionais frente à integração humana no mercado de trabalho, coloca-se como um percurso essencial para os novos contornos atribuídos a cidadania na pós-modernidade, tendo no trabalho elemento essencial para o pleno gozo dos direitos fundamentais e justiça social.

2 MERCADO DE TRABALHO E GRUPOS VULNERÁVEIS

A busca pela resignificação do trabalho na sociedade pós-moderna, passa por conceitos e pressupostos enraizados dentro e fora do mercado de trabalho, sendo que uma das principais questões que podem impedir a real valorização do trabalho humano é a busca exclusiva pelo desenvolvimento econômico, desconsiderando a utilidade social do trabalho e a figura da pessoa humana envolvida ao longo da cadeia produtiva.

A interação entre a figura da pessoa humana, com o trabalho que a mesma desenvolve, assim como a própria percepção e valor atribuído ao trabalho, como tem-se atualmente, é resultado do processo histórico de consolidação e expansão das sociedades e do modelo capitalista.

Por meio do labor que executa, o indivíduo ganha identidade perante o corpo social, e atribui significado relevante a sua atuação diante do sistema econômico, de forma que transforma o mundo a sua volta e a si mesmo, na exata medida em que transforma os bens da natureza, com a finalidade de atender aos intentos e necessidades do corpo social.

O mercado de trabalho, assim como os demais espaços de interação enquanto sujeitos sociais, deve corresponder, conforme nos coloca Sarmento, ao “generoso projeto de emancipação social dos excluídos” (2008, p. 244), a medida que coloca em prática os preceitos de igualdade e inclusão, privilegiados pela Magna Carta.

Uma vez que, o indivíduo que é desprovido de interações sociais oportunizadas pelo trabalho, resta isolado dos mais variados contextos sociais, e tem sua identidade enquanto pessoa humana alterada, sendo visto como alguém desprovido de condições de colaborar ativamente para o progresso social e o desenvolvimento econômico, sob o ponto de vista da manutenção dos padrões de consumo atuais.

De acordo com Arendt (2004, p.526) a condição humana resta comprometida quando distanciamos um indivíduo da pluralidade de interações sociais, e frente ao contexto pós-moderno, considerando as influências do modelo capitalista na construção do sujeito, o indivíduo que não está inserido no mercado de trabalho, permanece afastado da “obra humana”, padecendo com o insulamento, que nas palavras de Arendt (2004, p. 527) é” na experiência de não pertencer ao mundo, que é uma das mais radicais e desesperadas experiências que o homem pode ter”.

Sendo assim, o Estado tem a função de analisar estas falhas históricas que afetam a ordem econômica e social também quanto ao trabalho e distribuição de renda no país, principalmente nos grupos das minorias e também hipossuficientes. As políticas públicas são medidas estrategicamente formadas para uma efetiva modificação na ordem do Estado, mediante comprometimento e determinação do Governo.

Há raízes de discriminação no mercado de trabalho que perpetuam até os dias de hoje, do ponto de vista público a legislação trabalhista supre necessidades indispensáveis à adequação social destes grupos.

O Estado deve agir além de apenas ter status de ator efetivo na formalidade, sua falha está na forma de efetivação ou omissão das medidas. Segue uma análise política da inserção dos grupos no mercado de trabalho, explicada por Mankiw, (2001, p. 427):

Naturalmente, as diferenças de capital humano entre grupos de trabalhadores podem refletir

discriminação. Por exemplo, a baixa qualidade que foi registrada historicamente nas escolas destinadas a alunos negros pode ser explicada pelo preconceito de prefeituras e conselhos escolares. Mas este tipo de discriminação ocorre muito antes que o trabalhador chegue ao mercado de trabalho. Neste caso, a doença é política, mesmo se o sintoma é econômico.

A economia assim como o direito, acompanha o progresso da sociedade, e o progresso desta depende (em muitos quesitos) da forma de governo.

Desde o início, na escravatura, constata-se que um dos fatores mais influenciadores para que os ingleses apoiassem o fim da escravatura, era o interesse econômico que os mesmos tinham no aumento do poder aquisitivo dos escravos. Pois, uma vez que um grupo grande de pessoas adquirisse certo poder econômico, recebendo pelo uso da força de trabalho, também poderiam comprar o produto que era produzido e de interesse dos empregadores.

Reflexo importante de um direito trabalhista que fornece liberdade econômica e movimentação da produção. Manifestou-se essencial para a melhoria econômica para os empregadores e aproximou a relação de trabalho de uma relação justa e que colabora para uma melhora na qualidade de vida do trabalhador, agora, assalariado.

Embora avanços na positivação dos direitos humanos sejam visíveis nos instrumentos normativos de grande parte dos Estados Contemporâneos, Sarlet (2007, p. 26) afirma que a dignidade da pessoa humana não tem sido efetivada no contexto prático, onde persistem desigualdades e negação de direitos.

Neste sentido, o trabalho deve proporcionar condições de efetividade da dignidade da pessoa humana e integração do indivíduo ao corpo social. Isto posto, cumpre desnudar os contornos do trabalho para as pessoas com deficiência, e os desafios que restam por imprimir traços de exclusão e negação de direitos nessa seara.

Sobre o tema nos valem das considerações de Amartya Sen (2000, p.57):

Não importando o modo como opera um sistema econômico, algumas pessoas podem encontrar-se no limiar da vulnerabilidade e sucumbir a uma grande privação em consequência de mudanças materiais que afetam adversamente suas vidas.

Embora os recentes movimentos de inclusão social, com vistas a sobrepujar as barreiras culturais e sociais, restam notórios a injustificável convicção de que as pessoas com deficiência são inaptas, frente às exigências do mercado de trabalho e por isso devem ocupar posições de menor importância ou o mercado informal.

A exclusão social das pessoas com deficiência, embora seja resultante em grande parte do puro preconceito arraigado e alimentado pela ignorância humana, por séculos, todavia, na sociedade contemporânea, encontra também outra motivação muito mais preocupante, qual seja, a ideia de que as pessoas com deficiência são improdutivas ou pouco produtivas para o mercado de trabalho, o que lhes retira a possibilidade de encontrar uma atividade laborativa para garantir o sustento próprio.

Desnudar os desafios que obstam o acesso das pessoas com deficiência ao mercado de trabalho, exige análise de indicadores e a confluência de dados, a fim de evidenciar a grave condição de desigualdade social e exclusão. Nesse sentido, a fim de vislumbrar o perfil socioeconômico das pessoas com deficiência, nos valem dos indicadores oficiais apresentados na Relação Anual de Informações Sociais (RAIS) e no Censo Demográfico, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (IBGE), que pela autodeclaração indica a porcentagem de pessoas com deficiência.

Conforme o censo realizado no ano de 2000, cerca de 24,6 milhões de pessoas declararam ter ao menos um tipo de deficiência, o que corresponde a 14,5%, da população total. De acordo com os últimos dados, no censo de 2010, considerando uma amplitude no conceito e abrangência da deficiência, resultou no patamar de 45,6 milhões de pessoas que declararam ter algum tipo de deficiência, panorama que indica que cerca de 23,9% da população brasileira se enquadra nas definições de deficiência.³

Já em relação a outro indicador, que fornece elementos para a analisar a inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, a RAIS⁴ de 2015, cerca de 403,2 mil vínculos formais foram declarados como preenchidos por pessoas com deficiência e beneficiários reabilitados. Panorama que representa 0,8% do total de vínculos nesse ano, evidenciando um tímido aumento em relação aos anos 2013 e 2014, que era de 0,7%⁵

Sem trabalho, as pessoas com deficiência são empurradas facilmente para a informalidade, o que lhes retira o direito à assistência social, ou, ainda pior, para o abismo da miséria, quadro acentuado pelas recentes alterações da Reforma Trabalhista, e que agravam ainda mais, a quadro de vulnerabilidade das pessoas com deficiência no mercado de trabalho.

A partir da valorização das habilidades e potencialidades individuais, e que, portanto, são diferentes entre as pessoas, pode-se consolidar o respeito à diferença e progresso coletivo, com a participação de grupos que são excluídos do status de cidadão, figurando a margem das conquistas sociais e das políticas públicas, para um panorama de inclusão e pertencimento ao coletivo.

O mercado de trabalho, sob a perspectiva da inclusão, não se limita a possibilidade de acesso ao trabalho, mas que esse trabalho além de contemplar a dignidade do indivíduo, deve representar a permanência, daquele que era considerado inapto para contribuir com o desenvolvimento econômico.

3 Disponível em: < <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/indicadores/censo-2010>>. Acesso em: 18 mai. 2019.

4 Cumpre elucidar que a RAIS tem como objetivos subsidiar o controle da atividade trabalhista, prover insumo para as estatísticas do trabalho e fornecer informações sobre o mercado de trabalho para as entidades governamentais. Disponível em <<http://www.rais.gov.br/sitio/sobre.jsf>> Acesso em: 27 mai. 2019.

5 Disponível em: https://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/arquivos/%5Bfield_generico_imagens-filefielddescription%5D.ppt. Acesso em: 04 jun. 2019.

Frente a essa relação de sujeição da condição humana por meio da interação com o meio social em que habita (Arendt 2001, p.18), é de se destacar que o trabalho integra a idiossincrasia do homem moderno, e na busca por sua identidade e integração no meio social, no labor este projeta seus ideais, que em grande medida encontram-se desassociados dos arranjos do capitalismo (MORAES, 2008).

O acesso e a permanência da população negra nos postos de trabalho, é um tema que deve ser debatido sob a perspectiva econômica e social, conforme os dados oficiais, o panorama de exclusão do negro do mercado de trabalho formal, avulta a desigualdade social e reforça o padrão de sujeição do negro a miserabilidade.

Segundo Almeida (2018, p.150)

[...] pode-se dizer que o Brasil não experimentou o desenvolvimento ao longo de sua história, mas somente o crescimento econômico. A industrialização não resultou em distribuição de renda e bem-estar para a população. Sem distribuição de renda, a industrialização e o aumento da produção tornam-se expressões da modernização conservadora que, em nome da manutenção da igualdade e da concentração de renda, exigiram a supressão da democracia, da Cidadania e a ocultação dos conflitos sociais, inclusive as de natureza racial.

A Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), de 2017⁶ indica as disparidades nos rendimento aferidos em relação a pessoas negras, pardos e brancos, de modo que os brancos tiveram rendimento médio de R\$ 2.660, acima da média nacional (R\$ 2.043), já os pardos receberam R\$ 1.480 e a média para os negros é de R\$ 1.461 reais.

Em relação aos indicadores de desemprego, com recorte racial, a taxa de desemprego no país foi de 12% no final do quarto trimestre de 2016. Em relação aos negros o desemprego corresponde no mesmo ano, a 14,4% e a 14,1% entre pardos. Já para as pessoas brancas, a taxa de desemprego analisada pelo IBGE foi de 9,5% no ano de 2016.

Já em 2018, a PNAD registrou um desemprego mais alto, indicando (14,6%) entre os negros e 13,8% para os pardos, sendo que a média dos brancos foi de 11,9%.

A pesquisa ainda destaca que entre os mais pobres, três em cada quatro são pessoas negras, panorama que indica as profundas desigualdades pautadas na raça.

Em relação ao desenvolvimento econômico Almeida (2018, p.153) discorre:

Em países como o Brasil, não se poderia pensar em desenvolvimento sem que o projeto Nacional atacasse o racismo como fundamento da desigualdade da desintegração do país. E isto não é uma questão somente de natureza ética, mas fundamentalmente, de natureza econômica: industrialização sem distribuição de renda e sem um ataque vigoroso as desigualdades estruturais - dentre as quais as raciais E de gênero -, inviabilizaria a implantação do mercado interno sem a manutenção da dependência de financiamento e tecnologia externos.

6 Os dados fazem parte de um detalhamento da Pnad (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Contínua realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/habitacao/17270-pnad-continua.html?=&t=o-que-e>. Acesso em 07 jun 2019.

Sob o prisma educacional, os indicadores pontuam que no ano de 2015, apesar de o número de negros cursando o ensino superior ter dobrado em comparação com o ano anterior, somente 12,8% dessa população chegou ao nível superior, enquanto os brancos de nível superior eram que 26,5% do total no mesmo ano.

O contexto extraído dos dados oficial do IPEA de 2017⁷, revela que o nível da qualidade de vida da população negra no Brasil está uma década atrasado em relação ao dos brancos, de acordo com o estudo do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud) — órgão da ONU — em parceria com a Fundação João Pinheiro e o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que indica que entre 2000 e 2010 o Índice de Desenvolvimento Humano (IDHM) da população negra cresceu, em média, 2,5% ao ano, acumulando alta de 28% no período, frente ao 1,4% anual dos brancos, ou 15% em dez anos. Mas, apesar do ritmo mais acelerado, só em 2010 o IDHM dos negros alcançou a pontuação (0,679) que já havia sido atingida pelos brancos uma década antes (0,675).

Sobre o panorama econômico e o aspecto racial nos valem das contribuições de Silvio Almeida (2018, p.121):

Como explicar o fato de que pessoas negras e mulheres encontram-se majoritariamente alocadas nos postos de trabalho de baixa remuneração e considerados precários? Como explicar as maiores taxas de desemprego entre pessoas negras? Há anos inúmeras pesquisas têm demonstrado que a raça é um marcador determinante da desigualdade econômica e que direitos sociais e políticas universais de combate à pobreza e a distribuição de renda que não levem em conta o fator raça e cor mostram-se pouco efetivas.

Assim sendo no desenvolvimento da atividade econômica, é preciso não perder de vista o valor humano atrelado ao indivíduo, de modo a corresponder à primazia atribuída a dignidade humana pelo texto constitucional, como vetor indissociável do desenvolvimento econômico sob o prisma da valorização do trabalho humano.

Vislumbrar a pessoa humana, como sujeito de direitos, livres e iguais para atuar junto à comunidade, passa necessariamente por considerar as potencialidades humanas, por meio das quais o homem se identifica com o corpo social. Sobre o tema, Eduardo Cambi (2010, p. 392) destaca trecho de voto de um julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

A vida humana não é apenas subsistência. Ela [a vida] é uma existência que se dignifica em situações onde um indivíduo pode atingir seu máximo potencial. A plena realização dessa ideia é o objetivo de uma visão enriquecida dos direitos fundamentais, mas também de uma democracia realmente efetiva.

Um modelo econômico que se coloca frontalmente em oposição aos valores de fraternidade e inclusão, com viés estritamente patrimonialista, nos direciona para o que Bauman

7 Documento do IPEA: Desenvolvimento humano para além das médias - 2017. – Brasília. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30025. Acesso em 03 de jun 2019.

(2010, p. 08) atribuía a alcunha de ‘capitalismo parasitário’, à medida que a semelhança de um parasita, este modelo econômico prospera por meio da sujeição de terceiros, causando prejuízos aos demais, ao passo em que de forma egoísta se mantém vivo.

A manutenção das estruturais de exclusão não podem ser fomentadas em razão do desenvolvimento econômico. Nesse contexto, cumpre ponderar que as alterações na legislação trabalhista tendem a agravar o cenário de exclusão. Nesse sentido, cumpre ao Estado e o seu poder de intervenção se fazem essenciais na proteção dos direitos indisponíveis, e assegurando condições mínimas, um patamar mínimo civilizatório.

Em que pese a necessidade de readequar o sistema normativo frente as novas demandas sociais, cumpre destacar processos tendentes ao rompimento com conquistas históricas, tendentes a causar graves lesões aos direitos sociais, conforme discorre Nascimento (2000, p. 75):

Mas a flexibilização desordenada do direito do trabalho faria dele mero apêndice da Economia e acabaria por transformar por completo a sua fisionomia originária uma vez que deixaria de ser uma defesa do trabalhador contra a sua absorção pelo processo econômico para ser preponderantemente um conjunto de normas destinadas à realização do progresso econômico, atritando-se com a sua finalidade, que é a proteção do trabalhador diante da sua inferioridade econômica no contrato de trabalho.

Ainda sobre o tema, Sérgio Pinto Martins, (op. cit., p. 128), explica quanto ao paradoxo existente entre a flexibilização de direitos no Direito do Trabalho e a possível capacidade que teria no estímulo às empresas, e à movimentação econômica no país:

A flexibilização não deveria suprimir direito, mas apenas adaptar a realidade existente à norma ou então adequá-la à nova realidade. Em razão das inovações tecnológicas e da competitividade no mercado internacional, a empresa moderna só irá sobreviver se conseguir reduzir seus custos, de modo a competir no mercado, tanto interno como externo.

A flexibilização das condições de trabalho, não podem vir a consistir em uma supressão de direitos em face da lei de mercado, e anseios meramente econômicos ou políticos, devendo ser mantida a proteção ao trabalhador.

A supressão de direitos também é um obstáculo econômico para a efetiva inclusão da população negra e das pessoas com deficiência, grupos historicamente alijados dos mais diversos contextos sociais, e que enfrentam, ainda hoje, profundas barreiras para o acesso e permanência no mercado de trabalho.

Apesar das críticas a institutos, e direitos “ultrapassados” para com o período atual, que supostamente são barreiras ao progresso da economia, pouco se fala, comenta a doutrinadora respeitável, Flávia Piovesan, (2012, p.4) quanto às adaptações e flexibilizações que também poderiam ser possíveis a serem instauradas nas legislações, no que tange a função do Estado, na busca e alcance de um desenvolvimento sustentável, democrático ou para a criação e estudo de possibilidades alternativas de políticas públicas que ajudem a combater a diferença social ou pelo

menos que possam diminuí-las.

Pois estão cada vez mais crescentes nos países em desenvolvimento, em particular nos latino-americanos, que tentam, na Era da globalização serem reconhecidos pela economia internacionalmente, mas se tornam muitas vezes em áreas de exploração.

De outra banda, nos valem dos estudos de Amartya Sen (2000), que nos propõe um modelo de desenvolvimento pautado na liberdade do indivíduo, onde não há espaço para a imposição do labor com o fim exclusivo do aumento do capital, mas sim no desenvolvimento das capacidades humanas, com destaque ao papel da sociedade, das empresas e do Estado nesse processo. Segundo Sen (2000, p.71):

Os fins e os meios do desenvolvimento exigem que a perspectiva da liberdade seja colocada no centro do palco. Nessa perspectiva, as pessoas têm de ser vistas como ativamente envolvidas - dada a oportunidade - na conformação de seu próprio destino, e não apenas como beneficiárias passivas dos frutos de engenhosos programas de desenvolvimento. O estado e a sociedade têm papéis amplos no fortalecimento e na proteção das capacidades humanas. São papéis de sustentação, e não de entrega sob encomenda. A perspectiva de que a liberdade é central em relação aos fins e aos meios do desenvolvimento merece toda a nossa atenção.

Nesse cenário, Piovesan (2012 p. 4) aponta que o aumento das desigualdades apenas contribui para que uma parcela, que é minoria, destaque-se no que tange ao poder econômico e melhora da qualidade de vida, enquanto grande parte dos indivíduos passa a viver conforme a lei do mais forte, já citado acima, no “Estado de Natureza”, caindo por terra todos os direitos aos poucos reivindicados.

O doutrinador Araújo, (2006, p.13), explica que a globalização causou uma nova forma de desemprego, sendo o desemprego clássico, culpável pelas circunstâncias meramente econômicas e de mercado, não mais o correto a ser analisado, mas sim, à atual modalidade, que é o desemprego estrutural, no qual os países emergentes sofrem mais na integração econômica de países, e avanços tecnológicos, pois consiste em um déficit de mão de obra de trabalhadores com um nível de qualificação profissional e escolaridade que atendam às exigências do modelo de mercado atual.

Macpherson, (1991, p. 57) cita, entre as hipóteses e perspectivas de atingir-se uma democracia industrial, em harmonia com relações de trabalho nas sociedades capitalistas.

Na perspectiva dos direitos fundamentais atribuir dignidade ao homem, não é desenvolver humanismo antropocêntrico, mas sim um humanismo antropofílico⁸ (Sayeg e Balera, 2011, p.102), que nos remete ao afeto e sentimento de fraternidade entre os indivíduos. Sobre essa relação nos

8 Sobre o tema explica Pessoa e Santos (2016, p.15): O capitalismo humanista, vertente do regime econômico baseada no humanismo antropofílico, se apresenta como uma possibilidade da economia sob influência da igualdade, liberdade e fraternidade, respeitando a dignidade da pessoa humana e voltada para a efetivação dos direitos humanos. Decorre, consoante acima exposto, de uma interpretação sistemática da nossa Constituição Federal, mormente da garantia da dignidade da pessoa humana, a previsão de uma sociedade fraterna e do dispositivo acerca da ordem econômica.

explica Sayeg e Balera (2011, p.103):

Ao garantir a valorizar o homem, assegurando-lhe à autodeterminação por meio do livre-arbítrio e deslocando- o do centro das coisas para o meio difuso delas, esse movimento humanista deixa de considerar o absoluto no seu individualismo (humanismo antropocêntrico) e, pela sociabilidade, passa a relacionar com todos e tudo em nome da Fraternidade Cristã (humanismo antropofílico).

Inegável a contribuição da Magna Carta na alteração desse paradigma, entretanto, não se pode atestar que no plano fático, diante do contexto da pós-modernidade as relações negociais se pautam na tutela da pessoa humana e revestem sua atuação pela ética e compromisso com a sociedade e a inclusão da pessoa com deficiência e da população negra.

Um modelo econômico pautado em um abismo entre o compromisso coletivo na redução das desigualdades sociais e os fatores de produção, desenvolve uma economia colérica, capaz de aprisionar o desenvolvimento exclusivamente com fins de lucro.

As concepções aqui expostas, não apadrinham a concepção radical de em um contexto capitalista devemos prezar pela reificação dos valores humanos, em detrimento do capital.

O que se expõem é que o desenvolvimento econômico deve gerar progresso social, e sob o ponto de vista normativo, temos a conjugação dos valores sociais ao lado dos valores econômicos, e a busca pelo equilíbrio, sem que a dignidade humana seja minimizada a qualquer custo frente ao domínio econômico corresponde as premissas constitucionais.

CONCLUSÃO

Na conjuntura social, econômica e política que marca a pós-modernidade, o estudo dogmático do direito fundamental ao trabalho e a imprescindibilidade da inclusão da população negra e das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, se faz considerando o valor social do trabalho enquanto princípio da ordem econômica e expressão da responsabilidade empresarial na consolidação dos preceitos constitucionais.

O desafio em torno da inclusão da pessoa com deficiência e da população negra, que permeia o desenvolvimento da presente pesquisa analisa os obstáculos para o acesso e permanência no ambiente laboral. Inegavelmente um novo olhar sobre as deficiências e o racismo estrutural, são aptas a orientar as discussões políticas, sociais e educacionais no Brasil e no mundo, e direcionam as diretrizes e propostas inclusivas.

A supressão de direitos coloca-se como um obstáculo para a efetiva inclusão da população negra e das pessoas com deficiência, grupos historicamente alijados dos mais diversos contextos sociais, e que enfrentam, ainda hoje, profundas barreiras para o acesso e permanência no mercado de trabalho.

Frente à conjuntura de profundas desigualdades e graves problemas sociais, imperioso propor novos contornos para a atuação estatal, sem se esquecer da responsabilidade empresarial, a partir da valorização do trabalho humano de forma ampla e irrestrita, como sendo o primado para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

O labor dos indivíduos, inseridos em todos os níveis da cadeia produtiva, figura enquanto instrumento primordial para o pleno gozo dos pressupostos da cidadania e enquanto elemento indispensável para a justiça social.

Ao passo em que o trabalho oportuniza aos indivíduos o acesso a recursos financeiros para assegurar a sua subsistência e a devida integração social, cenário que denota a primordialidade em reconhecer o valor do trabalho humano para a manutenção de padrões mínimos de dignidade.

Nesse contexto a Carta Constitucional buscou harmonizar os intentos do capital e a necessidade em atribuir valor e dignidade a pessoa humana inserida nas relações de trabalho, discorrendo acerca da ordem econômica sob o prisma da valorização do trabalho humano.

Colocar em pauta a necessidade de um mercado de trabalho inclusivo, que contemple as características individuais, inaptidões e potencialidades dos indivíduos, é considerar, a partir dos elementos presentes na sociedade pós-moderna, a proposta efetiva de contribuir para uma sociedade plural.

Um modelo econômico desvinculado dos valores sociais, não é apto a tutelar a dignidade humana, frente à complexidade das relações que se estabelecem no mercado de trabalho. Dessa forma, frente à proeminência da alteração de paradigmas para efetivar a inclusão de todos no mercado de trabalho, e que neste ambiente se mantenha padrões aptos a possibilitar dignidade e desenvolvimento humano.

A profunda interação entre a ordem econômica e os direitos humanos propicia a consolidação, na seara econômica de valores sociais aptos a tutelar o indivíduo, assim como possibilitar desenvolvimento humano, com a conseqüente redução das desigualdades sociais e a inclusão no mercado de trabalho, ao mesmo passo do desenvolvimento econômico.

A conjuntura social desafia o Direito e a Economia, enquanto ciências, a harmonizar o crescimento econômico, de inegável valor para a sociedade, com a premência de conter a concupiscência econômica desmedida, intentando a tutela a dignidade humana e o progresso da sociedade de forma plural e inclusiva. Consolidando, de maneira simultânea, o axioma constitucional expresso pela ordem social e a ordem econômica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Homo Sacer: o Poder Soberano e Vida Nua. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2002.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. O que é racismo estrutural? Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Trabalhistas. São Paulo: LTr, 2007.

ANDREWS, G. Negros e brancos em São Paulo: 1888-1988. São Paulo: Edusp, 1998.

ARENDT, Hannah. A condição humana. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARRUDA, Kátia Magalhães. Direito Constitucional do Trabalho. São Paulo: LTr Editora, 1998.

BAGNOLI, Vicente. Direito e Poder Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BALERA, Wagner; SAYEG, Ricardo Hasson. O capitalismo humanista: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo: Saraiva Educação, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas. Trad. José Gradel. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

BENINE, Renato Jaqueta. Responsabilidade social empresarial: um conceito em construção. Revista do Curso de Direito da FSG. Ano 4, n. 8, jul./dez. 2010. Disponível em: <<http://ojs.fsg.br/index.php/direito/article/viewFile/728/519>>. Acesso em: 03 mai. 2017.

BEVERVANÇO, Rosana Beraldi. Direitos da pessoa portadora de deficiência (da exclusão à igualdade). Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2001.

BIAVASCHI, Magda Barros. O Direito do Trabalho no Brasil 1930 - 1942: A Construção do Sujeito de Direitos Trabalhistas. São Paulo: LTr: Jutra - Associação Luso-Brasileira de Juristas do Trabalho, 2007.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, Juliana. Necropolítica na metrópole: extermínio de corpos, especulação de territórios. Coluna no Blog da Boitempo, junho, 2017. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2017/06/01/necropolitica-na-metropole-extermínio-de-corpos-especulacao-de-territorios/>. Acesso em 17 jun 2019

BUVINIC, Mayara; MAZZA, Jaqueline; DEUTSCH, Ruthanne. Inclusão social e desenvolvimento

econômico na América Latina. Rio de Janeiro, Elsevier, 2004.

CARDOSO, Alenilton da Silva. Princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2010.

CARNEIRO, Sueli Aparecida. A CONSTRUÇÃO DO OUTRO COMO NÃO-SER COMO FUNDAMENTO DO SER. Tese de Doutorado em Educação. São Paulo: FEUSP, 2005

CARNEIRO, Sueli. Ideologia Tortuosa.2008. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/ideologia-tortuosa/>. Acesso em 08 ago 2018

CARVALHO, Maria de Lourdes. A empresa contemporânea: sua função social em face das pessoas com deficiência. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CAVALLAZZI FILHO, Tullo. A função social da empresa e seu fundamento constitucional. Florianópolis: OAB/SC, 2006

Declaração sobre raça e os preconceitos raciais. Conferência da Organização das Nações Unidas para a educação a ciência e a cultura, 1978. Disponível em : <https://www.oas.org/dil/port/1978%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Ra%C3%A7a%20e%20Preconceitos%20Raciais.pdf>. Acesso em 10 ago 2018

Desenvolvimento Humano para Além das Médiãs: 2017. – Brasília: PNUD : IPEA : FJP, 2017.

DONATO, Messias Pereira. Curso de Direito do Trabalho: Direito Individua. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. Função Social e Função Ética da Empresa. Argumentum – Revista de Direito - Universidade de Marília, v. 4. Marília: UNIMAR, 2004.

FLORES, Joaquín Herrera. Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Curso de direito processual do trabalho. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GIDDENS, Anthony. Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós. Tradução de Maria Luiza C. de A. Borges. 6 ed. Rio de Janeiro: Record, 2007.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Globalização, neoliberalismo e o direito no Brasil. Londrina: Editora Humanidades, 2004.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. Direito do Trabalho e Dignidade da Pessoa Humana, no Contexto da Globalização Econômica: problemas e perspectivas. São Paulo: LTr, 2005.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica da Constituição de 1988. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GUEDES, Marco Aurélio Peri. Estado e Ordem Econômica e social: a experiência constitucional da república de weimar e a constituição brasileira de 1934. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos sociais. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região, Campinas/SP, n. 28, p. 130, janeiro a junho de 2006.

HIDALGO, Luís Henrique Fernandes. Ações afirmativas para inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho. 2011. 136 f. Dissertação (Programa de mestrado em Ciência Jurídica). UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas – CSA/CJ. Jacarezinho, 2011.

HOBSBAWM, E. J. A era do capital (1845-1875). 5. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

KELLER, Werner. O direito ao trabalho como direito fundamental: instrumentos de efetividade. São Paulo: LTr, 2011.

KONRATH, Ângela Maria. O trabalho como condição humana: do moderno Prometeu ao animal laborans e o homo faber: o trabalho intensificado e as garantias do direito ao trabalho [recurso eletrônico] / Ângela Maria Konrath. – Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014. Disponível em: <ftp://ftp.trt12.gov.br/biblioteca/52567.pdf>. Acesso em 22 out 2018.

MACPHERSON, Crawford Brough. Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1991.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MBEMBE, Achille. A Crítica da Razão Negra. São Paulo: n-1, 2018

MESSIAS, Rafaela Geiciani. Da Responsabilidade Empresarial fundada na valorização do trabalho humano no Brasil. Universidade de Marília, 2013.

PAGNI, Pedro Ângelo. Da exclusão a um modelo identitário de inclusão: a deficiência como paradigma biopolítico. Childhood & Philosophy. Rio de Janeiro, v. 13, n. 26, jan-abr. 2017, p. 167-188. Disponível em: . Acesso em: 09 jul. 2019

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SANTOS Mariana Farias. O Capitalismo Humanista como um Elemento para o Desenvolvimento: Um Regime Econômico em Consonância com os Direitos Humanos. Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável | eISSN: 2526-0057 | Curitiba | v. 2 | n. 2 | p. 204 - 220 | Jul/Dez. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In: PIOVESAN, Flávia & CARVALHO, Luciana Paula Vaz de. Direitos Humanos e Direito do Trabalho. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. Livre e iguais: estudos de direito constitucional. 1 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- SASSAKI, Romeu Kazumi. *Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora WVA, 2006.
- SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. *Capitalismo Humanista*. Petrópolis: KBR, 2011
- SAYEG, Ricardo Hasson. *Capitalismo Humanista Diante da Crise Global, na Visão de 2012*. In: CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio e SANTIAGO, Mariana Ribeiro (coords.). *Capitalismo Humanista e Direitos Humanos...Florianópolis: Conceito Editorial*, p. 23- 57, 2013.
- SEN, Amartya Kumar. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SEN, Amartya Kumar. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2002
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010
- SHACKLE, G.L.S. *As origens da economia contemporânea: Invenção e tradição no pensamento econômico (1926-1939)*. São Paulo: Editora Hucitec, 1991.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VALLERA BRUNA, Sérgio. *O poder econômico: e a conceituação do abuso em seu exercício*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil*. São Paulo: Acadêmica, 1989.
- ZANOTI, Luis Antonio Ramalho. *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL NA ERA TECNOLÓGICA

Hugo Crivilim AGUDO¹
Beatriz Vieira MUCHON²

RESUMO

O presente trabalho analisa a evolução da tecnologia e dos inventos tecnológicos, bem como de seus respectivos impactos no direito. Passa-se pelo domínio da agricultura, as revoluções industriais e a descoberta do motor a vapor, que retirou os limites da força humana no processo produtivo, chegando, na contemporaneidade, ao surgimento da internet e, em passado mais recente, a “internet das coisas” - assim compreendida como os objetos de uso diversos, que são conectados a uma rede (pública ou privada) e que possuem capacidade de tomar decisões *de per si*, a partir de determinadas configurações de seu detentor. Afere compatibilidade e a aplicabilidade da sistemática de responsabilidade civil positivada. Demonstra as peculiaridades da aplicação da responsabilidade civil quando, na situação jurídica, houver a participação de um objeto autômato e/ou dotado de inteligência artificial. Vale-se, ainda, das diretrizes da análise econômica do direito para aumentar a efetividade da reparação, evitando uma reparação hipossuficiente ou, por outro lado, um desestímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias.

PALAVRAS-CHAVE: Novas tecnologias. Análise Econômica do Direito. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This paper analyzes the evolution of technology and technological inventions, as well as their respective impacts on law. We pass through the domain of agriculture, industrial revolutions and the discovery of the steam engine, which removed the limits of human force in the productive process, arriving, in the contemporaneous, to the emergence of the internet and, in more recent past, the things "- thus understood as the various objects of use, which are connected to a network (public or private) and that have the ability to make decisions *per se*, from certain configurations of its holder. Affirms compatibility and enforceability of the system of positive civil liability. It demonstrates the peculiarities of the application of civil responsibility when, in the legal situation, there is the participation of an automated object and / or equipped with artificial intelligence. It is also worthy of the guidelines of the economic analysis of the right to increase the effectiveness of the repair, avoiding a hyposufficient repair or, on the other hand, a discouragement to the development of new technologies.

KEYWORDS: New technologies. Economic Analysis of Law. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

O mundo será tecnológico, automatizado e interligado. O convívio e as relações humanas com estas novidades tecnológicas é um fato imodificável. À humanidade e ao Direito resta apenas o

-
- 1 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela mesma Instituição. Especialista em Direito Público pela Universidade “Leonardo Da Vinci”. Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado. E-mail: hugo_crivilim@hotmail.com.
 - 2 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente-SP. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela mesma Instituição. Advogada. E-mail: bia_muchon@hotmail.com.

amoldamento e a adaptação a esta nova realidade já palpável, mas que ainda surpreenderá.

A cada dia surgem objetos inovadores que possibilitam uma experiência de vida mais fácil, intensa e interessante. As novas tecnologias computacionais e as inteligências artificiais ainda podem passar despercebidos, mas em verdade, estão muito presentes em nosso cotidiano e, aos poucos, a presença de “entes artificiais” começa a preencher as relações jurídicas.

Em breve não será incomum encontrar, no trânsito, veículos sem motoristas, assistentes pessoais – robôs – que executam diversas tarefas domésticas, inclusive funções de babá, tudo controlado por um ente artificial conectado à rede mundial de computadores.

Também será cada vez mais comum que inteligências artificiais sejam responsáveis por análise de bancos de dados de toda ordem - fato que estimula a captação de dados, por exemplo, de comportamento e consumo. Seremos (ou estamos sendo) monitorados por máquinas, que analisarão o que gostamos de fazer, quando, por que, para que e onde.

Este tipo de informação, que é captada por grande parte de sites e aplicativos de smartphones, conhecido como *big data*, não possui nenhum valor se não for interpretado, analisado e filtrado. Esse é o papel das inteligências artificiais, que transformam um grande emaranhado de informações, em preciosos índices, gráficos, indicadores de comportamento e de consumo.

É importante que tal temática ocupe, cada vez mais espaços nos debates acadêmicos e na literatura, sob pena de, como já dizia Fernando Teixeira de Andrade, “é o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos” se não aceitarmos a transformação e fizermos a “travessia” (para essa nova realidade)³.

A tecnologia, por muitos, ainda pode ser vista como um elemento escravizador da vida humana ou mesmo um tipo de entorpecente no qual a sociedade esteja “viciada”⁴. O fato é que não mais nos é dada a escolha. Ninguém mais está isento às modificações tecnológicas da atualidade, independentemente da idade, sexo, profissão ou mesmo de suas convicções.

Referida discussão – acerca dos prejuízos e benefícios dos usos das novas tecnologias – aumenta exponencialmente quando se estão em voga as utilizações das inteligências artificiais e dos autômatos, os quais, por muito tempo protagonizaram papéis de vilões pelo cinema⁵.

Saindo da ficção e adentrando à ciência, nada passará – ou está passando – imune às alterações implementadas pelas novas tecnologias, justificando-se, pois, a revisitação de temas das

3 Trecho da obra *O medo: o maior gigante da alma* de Fernando Teixeira de Andrade.

4 O grupo musical “O Rappa”, capitaneado pelo vocalista Marcelo Falcão, no décimo e último álbum “Nunca tem fim”, lançado em agosto de 2013, traz, na faixa 08, a música “Sequência Terminal”, que é uma crítica ao abandono do bucolismo e da vida simples, que foi trocada pelas máquinas e tecnologias. Em um trecho da música, chega a idealizar a necessidade da criação de uma “Máquina de pensar em coisa boa; Máquina de balançar em rede à toa”. Mais em: “<http://www.orappa.com.br/>”. Acesso em 30 de dezembro de 2018.

5 Desde “Matrix” e “O homem bicentenário” (1999), passando por “Uma Odisseia no Espaço” (2001) e “A Teoria de Tudo” (2014), por exemplo.

ciências sociais aplicadas, especialmente no que tange às áreas economia e do direito, sob pena de tornarem-se inaplicáveis ou obsoletas.

Assim sendo, nesta senda, o presente estudo se propôs a estudar os impactos deste tipo de tecnologia – com ênfase nas inteligências artificiais e nos autômatos (internet das coisas) – na teoria do ato ilícito e na responsabilidade civil dos agentes envolvidos na cadeia de utilização deste tipo de criação tecnológica, especialmente com relação aos aspectos econômicos da responsabilidade civil nesta seara.

Teceu-se considerações acerca das origens das inteligências artificiais e como elas estão revolucionando a sociedade, bem como os processos de produção, comparando o advento deste tipo de inovação, com o surgimento do motor a vapor na Revolução Industrial. A diferença da atualidade para a revolução mencionada é que, inicialmente, houve uma substituição a força braçal humana pela força do motor, na atualidade já e possível, de igual modo, a substituição da “força mental”.

Foi pauta de estudo o fato de muito dos trabalhos intelectuais, que há pouco eram tarefas exclusivamente desempenhada por humanos, agora poderem ser feitas por “máquinas” - ou melhor por inteligências artificiais ou redes neurais. As máquinas, inclusive, diagnosticam doenças, formulam textos, identificam padrões de consumo, investem na bolsa de valores, dirigem carros, operam centrais de telemarketing, isso tudo com nenhuma ou mínima orientação.

A justificação do interesse da pesquisa foi demonstrada através da revolução tecnológica que a sociedade global atual está vivenciando, bem como o caráter ainda embrionário de muitas destas inteligências, elevando, em muito, o potencial de ação, utilização e, sem dúvida, de transformação.

Na sequência, adentrando ao tema principal do trabalho, passou a ser analisada a compatibilidade do sistema jurídico posto quando o ato ilícito decorre da interação com autômatos ou inteligências artificiais e, ainda, a análise econômica das indenizações, como forma de não desestimular a criação de novas tecnologias.

Utilizou-se na pesquisa o método dedutivo e o método indutivo, com base nas referências bibliográficas elencadas ao final e pesquisas em sítios eletrônicos.

EVOLUÇÃO TECNOLÓGICA

A história mundial é marcada por revoluções. Fenômenos disruptivos que mudam a forma de agir e/ou pensar de uma coletividade. No presente estudo será feita uma análise sintética da história remota em apreço ao recorte científico e, ainda dentro da delimitação do objeto de pesquisa, um exame mais detalhado dos acontecimentos relevantes próximos.

A história humana revela, com facilidade, a série de desafios que a foram superados, para

que, era após era, a raça humana se mantivesse viva. Desde o domínio do fogo até os dias atuais, os desenvolvimentos tecnológicos estiveram diretamente atrelados ao desenvolvimento das sociedades – desde as antigas às contemporâneas.

Como explica Steven Johnson, na obra “Como chegamos até aqui: A história das inovações que fizeram a vida moderna possível” (2015, p. 248), a trajetória da humanidade é marcada por grandes descobertas. São narradas, o início da utilização do vidro, do frio, do som, da higiene, do tempo e da luz.

Todas estas “tecnologias”, foram marcas registradas de seu tempo e, até hoje, são base para as inovações contemporâneas. O processo de aprimoramento tecnológico, como podemos pressupor, é linear e, no mais das vezes, se vale de todo o *know how* existente no setor. Vale lembrar que, embora esteja-se, nos dias correntes, como no presente trabalho, preocupados com o avanço de tecnologias avançadas, existe, ainda, parcela da população mundial, inclusive brasileira, que não tem acesso à energia elétrica e saneamento básico.

Veja-se, pois, a escala da evolução – e revolução – humana em termos tecnológicos.

De acordo com Klaus Schwab (2016, p. 15), o conceito de revolução deve assim ser entendido:

A palavra “revolução” denota mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções tem ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos. Já que a história é usada como referência, as alterações podem levar anos para se desdobrarem.

Com base neste conceito de “revolução”, passa-se, na sequência, a analisar os fenômenos históricos disruptivos que culminaram em relevantes alterações nos sistemas sociais, bem como no modo de agir e pensar das sociedades, como forma de demonstrar, ao final, que a implementação da inteligência artificial e da internet das coisas, de fato, pode ser considerada como uma revolução da contemporaneidade.

Há alguns milhões de anos, os ancestrais humanos ainda estavam bem próximos dos macacos, com vivência similar. Contudo, algumas modificações corpóreas permitiram aos humanos o acúmulo de experiências e a criação de tecnologias que viabilizaram o desenvolvimento de “tecnologias” que foram determinantes para a manutenção da espécie. É possível dizer que a primeira revolução experimentada pela humanidade, fora o abandono da prática do forrageamento, deixando de buscar alimentos para passar produzi-los (desenvolvimento da agricultura), fato que data cerca de 10 mil anos atrás.

Eis exatamente o que relata Nick Bostrom (2018, p. 21/22):

Numa cronologia geológica ou mesmo evolucionária, o surgimento do *Homo sapiens* a partir do nosso último ancestral comum com os macacos aconteceu rapidamente. Desenvolvemos a postura ereta, os polegares opositores rapidamente e – o mais importante

– algumas mudanças relativamente pequenas no tamanho do nosso cérebro e na organização neurológica que resultaram num grande salto em nossa habilidade cognitiva. Como consequência, os humanos são capazes de pensar de forma abstrata, comunicar pensamentos complexos e acumular culturalmente informações através das gerações, de forma muito melhor do que qualquer outra espécie no planeta. Essas capacidades levaram os humanos a desenvolver tecnologias de produção cada vez mais eficientes (...).

Atentos ao recorte e caráter sintético deste tópico da pesquisa, podemos mencionar, como fenômeno disruptivo da cadeia de evolução humana, a Revolução agrícola (10 mil a.C), caracterizada pelo desenvolvimento e aprimoramento da agricultura, em conjunto com outras adaptações para a vida em sociedade, incluindo a domesticação de animais, que permitiram ao ser humano a exploração de áreas inabitadas e, aliando às forças animais às humanas (força física e mental), foi possível o aumento da produção de alimento e, conseqüentemente, permitiu-se o aumento populacional⁶.

A supramencionada revolução agrícola, foi sucedida por revoluções industriais. Schwab (2016, p. 15/16) elenca a existência de quatro revoluções industriais, sendo a primeira ocorrida entre 1760 e 1840 e consiste, basicamente na construção de ferrovias e, especialmente, pela introdução da máquina a vapor nas linhas de produção.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, no ano de 2016, 69,3% dos domicílios permanentes do País possuíam acesso à internet e, no quarto trimestre do ano de 2017, esse número saltou para 74,9%.

A mesma pesquisa confirma um aumento exponencial de conexão de áreas rurais. Em 2016, 33,6% das residências rurais possuíam serviço de internet, com salto para 41% no ano de 2017⁷.

Os aparelhos celulares, que já são a principal forma de acesso à rede para 98,7% da população (dados de 2017), também já estão presentes em mais de 90% das residências brasileiras (93,2% no total), sendo que, as residências que contam apenas com telefone fixo, totalizam apenas 1,7 % do total.

É certo, ainda, que o Brasil não está na contramão do movimento global de adesão à internet e às novas tecnologias. Este, segundo estudiosos da área, é um movimento inevitável e irreversível⁸.

Estamos em um nível avançado de globalização, podendo, inclusive, falar-se em uma sociedade ultra conectada. A guisa de exemplificação, o telefone convencional, que era uma

6 Mais em: ROUDART, Laurence. História das agriculturas no mundo. 1 ed. São Paulo: Editora Unesp, 2010. 568 p.

7 Pesquisas disponíveis em: “https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf”. Acesso em 30 de dezembro de 2018.

8 Neste sentido: KELLY, Kevin. Inevitável: As 12 forças tecnológicas que mudarão o mundo. Tradução de Cristina Yamagami. – São Paulo: HSM, 2017. 368 p.

tecnologia de ponta ao tempo em que foi criado, demorou 75 anos para chegar à 50 milhões de pessoas, o rádio, do mesmo modo, demorou 38 anos para atingir o mesmo número de pessoas, a televisão 13 e, mais recentemente, o Iphone⁹, apenas 3 anos e o *Pokemon Go*¹⁰ apenas 15 dias¹¹.

Justamente em virtude destes dados, a tecnologia, cada vez mais ganha destaque na mídia, como nunca dantes visto. A sociedade – justificadamente – está preocupada com o futuro.

Notadamente, a evolução tecnológica ora esposada, enseja em inúmeros questionamentos jurídicos. Neste contexto, por pertinência temática, passa-se a discutir o amoldamento do Direito posto a esta nova realidade, na seara da responsabilidade civil.

PREMISSAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SUA EFICÁCIA NA ATUALIDADE

Nas sociedades primitivas, ainda nos idos da pré-história, a “reponsabilidade civil”, em que pese não assim denominadas, estava diretamente ligada a figura da vingança.

Em outras linhas, a “responsabilidade civil”, nesta época, estava situada como “a primeira forma de reação contra comportamentos lesivos” (ROSENVALD, 2013, p. 5).

Neste momento da civilização, as punições civis não estavam completamente dissociadas da responsabilização criminal, podendo ser representada pelo surgimento da famigerada “Lei de Talião, que pregava a prática do “olho por olho e dente por dente”, visando uma proporcionalidade entre a lesão e a retribuição.

As sanções deste período eram aplicadas pelas próprias vítimas, tendo em arrimo a ausência de um poder central (Estado).

Em sucessão a esta sistemática primitiva de retribuição e penalização, surgem as primeiras formas de responsabilidade civil que mais se aproximam ao conceito conhecido na modernidade, pois era possível haver uma compensação pecuniária em troca das penas corporais ou das vinganças aplicadas.

Nelson Rosenvald (2013, p. 6) elucida essa transição das penas corporais para as compensações pecuniárias, afirmando que “neste ambiente nasce a responsabilidade civil, no sentido moderno da expressão compreendida como obrigação de restituir o ofendido em soma em pecúnia”.

É salutar, pois, que deste este período de modificação do modo com que a responsabilidade era aplicada, era levado em consideração uma dupla função: a punição direta do causador da lesão e a recomposição do patrimônio do ofendido.

9 Smartphone desenvolvido e comercializado pela empresa multinacional Norte-Americana Apple.

10 Jogo eletrônico mobile, desenvolvido para smartphones, que usa realidade aumentada, criado pela empresa Niantic Inc. da Califórnia.

11 Dados extraídos da obra Inevitável, idem.

Posteriormente, na idade moderna, com o aumento da complexidade das relações sociais, impulsionadas pela já citada Revolução Industrial, nota-se que o modelo de responsabilização vigente não mais era suficiente para a pacificação social.

Surgem, pois, a sanção civil, que se aproximara do conceito conhecido na atualidade, visando, sem dúvida a prevenção de danos, fazendo com que fosse dada prevalência a pessoa e sua dignidade.

Foi necessário, diante deste quadro, repensar-se as funções da responsabilização, haja vista que o simples ressarcimento do dano era insuficiente para a pacificação social, ante o desuso das reprimendas corporais para os ilícitos civis.

É certo que as funções da reparação civil ainda vêm sendo repensadas, haja vista que, a cada dia, surgem novas relações sociais, mais ambientes de atuação da legislação civil (sobretudo diante da evolução constante das tecnologias e suas influências nas relações civis).

Na contemporaneidade, as funções da responsabilidade civil extrapolaram a reparatória e a sancionatória, sendo possível falar-se em função distributiva, que visa analisar sobre quem recai (ou deve recair), os ônus da prática do ato ilícito.

Neste norte, essencial refletir sobre as funções da responsabilidade, pois restou-se claro que não se pode admitir que a responsabilidade civil, hodiernamente, é suficiente para reparar os danos ao lesado pelo ato ilícito, evitar a reiteração da prática pelo lesante, minimizar os riscos de outros danos da mesma natureza e, ainda assegurar a prevalência da pessoa humana em detrimento das práticas ilegais do mercado (ROSENVALD, 2013, p. 18).

Para a materialização de todas estas funcionalidades, é comum que se garanta ao lesado, reparação em quantia superior ao dano, sob pena de banalização do instituto. A sanção civil visa, pois, evitar que a reparação civil seja transformada em custos de produção, de modo que acabe compensando ao agente causador a prática das condutas lesivas.

Diante disso, urge outra problemática, referente aos critérios balizadores da responsabilidade civil e do *quantum* indenizatório para que a função dissociativa ou preventiva da responsabilidade, evitando a banalização do instituto, um grave dano patrimonial ao lesado ou, ainda, um enriquecimento sem causa ao lesado.

Para auxiliar o jurista e o intérprete a chegar em um ponto de equilíbrio e, especialmente, aumentar a efetividade da sanção civil e suas funções, podem ser utilizados os ensinamentos e teorias da análise econômica do direito. Como segue.

O Direito, assim considerado como uma ciência social, pode, e deve ser analisado sob múltiplas perspectivas. O intérprete jurídico, para atingir o cerne da norma, especialmente a intenção do legislador (ordinário ou constitucional), não pode se limitar a interpretá-la única e

exclusivamente de maneira literal.

O surgimento da responsabilidade civil, assim entendida como um instituto aplicável às relações públicas e privadas, está intimamente ligado com a origem do próprio ordenamento jurídico.

Nos dias correntes, a responsabilidade civil em muito superou seu caráter meramente retributivo, assumindo papel fundamental na manutenção da ordem jurídica, adquirindo, pois, uma função preventiva.

Além disso, considerando a complexidade das relações sociais na contemporaneidade, inclusive em decorrência o advento das novas tecnologias acima mencionadas, os conceitos e formas de aplicação da responsabilidade civil tiveram de ser adaptados e, quiçá, reformulados.

Por outro lado, a par da grande evolução do instituto, é possível verificar, nos dias atuais, que o Judiciário se vê inundado de demandas as ações ressarcitórias, sendo de grande valia aferir-se as reais funções da responsabilidade civil, para, entre tudo, evitar que o magistrado, ao analisar o caso posto em juízo, vise a retribuição do dano sem analisar a função punitiva ou, ainda, foque na função punitiva, gerando um enriquecimento ilícito ao lesado.

As dificuldades de interpretação dos pressupostos da reparação civil aumentam exponencialmente quando o dano surgiu em decorrência da interação com as novas tecnologias, tendo em vista a potencialidade lesiva deste tipo de lesão, suas peculiaridades técnicas, a possibilidade de existência de diversos agentes lesivos – tal como o criador, o possuidor e operador da tecnologia – e, ainda, a possibilidade de existir, cumulativamente, danos de natureza patrimonial e extrapatrimoniais.

Quando tratamos de danos materiais, o ordenamento jurídico, especialmente o Código Civil, prevê, taxativamente, que a indenização deve corresponder à extensão do dano, sendo diminuta a atividade interpretativa do aplicador do direito, uma vez que, comprovado o dano, a indenização deve a ele corresponder hermeticamente.

Contudo, quando está em voga lesões extrapatrimoniais, tal como o dano moral, urge a necessidade de um estudo mais apurado da situação posta, das causas do dano, dos riscos envolvidos e assumidos pelas partes da relação, a fim de quantificar a indenização de maneira mais proporcional ao dano sofrido.

Além disso, é importante a análise da responsabilidade civil nestas hipóteses de danos extrapatrimoniais, haja vista que não se pode, por um lado, permitir uma tutela hipossuficiente do interesse lesado e, o mais importante, não se pode permitir uma punição em excesso, que geraria um desestímulo a criação de novas tecnologias, pelos riscos dela advindos.

É necessário que haja uma harmonia e sintonia entre as funções da responsabilidade civil

para que, ao ser aplicada no caso concreto, não faça justiça no varejo e injustiça no atacado, levando-se em consideração os efeitos extraprocessuais do instituto.

Exemplificando o anteriormente narrado, é possível dizer que as lesões sofridas em ambientes virtuais, por si só, geram grande dificuldade de quantificação dos danos da vítima, em que pese não existam óbices sua constatação.

Liliana Minardi Paesani (2000, p. 67), define a expansão das relações sociais para os ambientes digitais:

As redes podem ser usadas para praticamente todo tipo de atividade, seja doméstica, profissional, científica, comercial e industrial. Daí infere-se que as redes podem servir como plataforma para atividades que abrangem largo espectro social, estendendo-se seus efeitos inclusive a pessoas que não usam computadores e redes.

Assim sendo, em que pese o Código Civil não tenha, especificamente, tratado da responsabilidade civil nos ambientes virtuais, não menos as lesões sofridas em virtude da interação com inteligências artificiais e objetos autômatos, considerando ser, a “vida digital” uma das facetas da vida social, deve-se aplicar as teorias da responsabilidade civil normalmente, como no “mundo real”, com algumas atenções especiais.

Nesta seara, para auxiliar o intérprete, surgem as teorias e os princípios da hermenêutica, que, embora não sejam objeto do presente trabalho, são essenciais à toda e qualquer análise legislativa, incluindo a análise econômica da norma.

Aproximando-se do tema central do presente trabalho, passa-se à história e construção teórica da análise econômica do direito, para, posteriormente, contrapô-la com os preceitos da responsabilidade civil, a fim de aferir-se a possibilidade a efetividade do sistema da responsabilidade civil, notadamente quando em voga lesões provocadas em decorrência da relação com novas tecnologias.

Embora a análise econômica do direito, atualmente, ocupe mais linhas dos trabalhos jurídicos e seja pauta das academias, não se trata de tema novo, assim como a responsabilidade civil.

O Direito e a Economia são ciências irmãs. A evidência desta afirmação está no fato de que por muito tempo, a economia fora estudada nos bancos do direito, quando não haviam cursos específicos.

O distanciamento contemporâneo do direito e da economia é prejudicial à sociedade, haja vista que as decisões econômicas devem considerar a legislação vigente e, de outro giro, as decisões jurídicas devem (ou ao menos deveriam) levar em consideração seu impacto econômico e social.

A perspectiva sócio-econômica da sociedade contemporânea exige que o jurista, incluindo o intérprete das leis e as autoridades públicas, utilizem os princípios e as regras básicas da economia

para ponderar suas decisões.

Eis, justamente, o que prega a análise econômica do direito. Deve-se, seguindo estas premissas, analisar as leis e as decisões (administrativas e judiciais) levando em consideração seus efeitos na sociedade.

A análise econômica do direito visa aferir a eficácia da norma para fim que se destina (bem-estar social), através da apropriação das lições da economia (especialmente a microeconomia) como instrumento para melhor aplicar os mandamentos contidos das regras e princípios jurídicos.

A microeconomia, ou teoria dos preços, trata do comportamento das empresas, famílias, indivíduos. Lida com a oferta de um determinado bem ou serviço em relação as preferências dos consumidores (demanda).

A análise econômica do direito é especialmente válida quando o intérprete jurídico se depara com princípios e/ou regras que, para a interpretá-las, seja necessário conhecer as consequências desta ou daquela interpretação.

Nesse sentido, a análise econômica do direito é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras as quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo).

É de se concluir, desde logo, que a análise econômica do direito visa, entretanto, aferir as consequências dos atos dos juristas e legisladores, se valendo das experiências empíricas, para auxiliar a tomada da melhor decisão.

Ademais, a análise econômica do direito determina que não se pode permitir que as teorias (jurídicas ou não) estejam dissociadas da realidade e não possuam aplicabilidade prática. É necessário que o intérprete jurídico e o legislador, no ato da toma de decisão, leve em consideração os defeitos daquele ato, extrapolando, portanto, os limites objetivos do texto, deixando-se de lado a interpretação literal do texto.

Trazendo estes ensinamentos à sistemática da responsabilidade civil, é de se denotar que, para um melhoramento do sistema, é necessário criar-se um cenário em que se conseguisse ampla efetividade da função preventiva da responsabilidade civil, com um menor custo ao causador do dano.

Este tipo de exame do instituto, também como já mencionado anteriormente, possibilita a proteção de interesses lesados, sem, por outro lado, desestimular a criação de novas tecnologias, simplesmente pelo risco de dano, ínsitos dos avanços tecnológicos.

Ou seja, é necessário que as empresas se sintam desmotivadas a praticarem atos danosos,

mas, sem que a responsabilização civil se torne uma vazão inesgotável de seus recursos, a ponto de inviabilizar suas atividades ou desestimulá-las à inovar, seja em razão da própria ausência de recursos ou ainda, que, pela distribuição dos prejuízos, seu produto perca competitividade no mercado.

Por outro lado, a análise econômica do direito deve incentivar que as empresa mais se preocupem com a prevenção do que com a reparação dos danos, haja vista que ser menos custosa a prevenção do que a reparação, aumentando, pois, a efetividade da função preventiva.

Em outras linhas, a função preventiva da responsabilidade civil só será efetiva, tomando por base tais análises e os ensinamentos da análise econômica do direito, quando a equação custo-benefício, pender mais para a prevenção da lesão do que para sua reparação.

Analisando, mais detidamente a problemática posta – responsabilidade civil na relação com as novas tecnologias – é importante trazer a baila alguns critérios balizadores da quantificação dos danos quando ocorrerem lesões em ambientes virtuais ou relacionados à utilização de novas tecnologias.

PARÂMETROS PARA A QUANTIFICAÇÃO DA INDENIZAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

É indubitável que nas relações digitais, podem ocorrer condutas lesivas que gerem danos de todas as naturezas (materiais e extrapatrimoniais).

Aos danos materiais, em nossas concepções, deve ser dado o mesmo tratamento de danos materiais ocorridos fora do ambiente digital, especialmente pela facilidade, no mais das vezes, de sua quantificação.

Independentemente da análise das questões consumeristas, à guisa de exemplificação, se um correntista de determinada instituição financeira sobre um dano material em razão de falhas no sistema de internet *banking*, deverá ser ressarcido da exata quantia que perdeu.

Por outro lado, com relação aos danos extrapatrimoniais, incluindo os danos morais, que, infelizmente, são frequentes no ambiente digital, algumas considerações devem ser feitas.

Com relação aos danos extrapatrimoniais, especialmente aqueles relacionados à ofensa à honra, a intimidade e a privacidade, surgem diversos problemas com relação à quantificação do dano, diante da potencialidade lesiva destes atos ilícitos, praticados no ambiente digital.

É de se mencionar, desde logo que, conforme leciona Demócrito Ramos Reinaldo Filho (2005, p. 116), “nem sempre uma mensagem difamatória difundida na Internet proporciona maior repercussão que a difundida em outros meios de comunicação”.

Partindo do pressuposto da identificação precisa do agente causador, a quantificação do

dano deve levar em consideração, segundo Marcel Leonardi (2011, p. 226), quatro fatores:

- a) Quantidade de registro de acesso e de volume de tráfego de dados do Website (que podem ser disponibilizados pelos provedores de hospedagem);
- b) Exame da popularidade do Website (ou seja, se este atrai um grande número de visitantes ou se é restrito a poucos usuários ou a determinado grupo de pessoas);
- c) O exame da forma pela qual o Website explora a divulgação de informações (comercialmente, cobrando pelo acesso ao conteúdo exclusivo ou recebendo quantias de anunciantes em suas páginas, ou se não é simples diário eletrônico de interesse de um grupo restrito de colegas e conhecidos);
- d) Período de tempo em que as informações ofensivas permaneceram disponíveis na Rede (sendo o dano, na maior parte dos casos proporcional ao tempo de duração da divulgação do conteúdo lesivo).

O mesmo autor conclui, pois, que a extensão do dano não deve ser medida apenas e tão somente pela potencialidade do dano, gerada pela disponibilização a nível global do conteúdo, mas, efetivamente, através de parâmetros concretos, que possibilitem a aferição mais próxima possível, da quantidade de pessoas que tiveram acesso ao conteúdo.

Em que pese os critérios acima expostos possam servir de parâmetro para a quantificação dos danos, mais três elementos devem ser aferidos nos danos causados na internet e nos novos meios de comunicação (incluindo as redes sociais e os aplicativos de interação social):

- a) Local em que a informação foi veiculada: é possível que a ofensa tenha, de fato, atingido a um número pequeno de pessoas, mas tal ofensa foi veiculada em um grupo no qual pertencem apenas pessoas próximas ao convívio da vítima, potencializando a ofensa.
- b) Deve ser verificada a utilização de mecanismo antibloqueio: quando existem indícios de houve, por parte da coletividade digital, a utilização de mecanismos antibloqueio (tal como o salvamento de cópias em diversos dispositivos ou o compartilhamento p2p – peer to peer – do conteúdo), perpetuando a informação ofensiva, por mais que ela seja retirada dos motores de busca;
- c) O contexto da veiculação da ofensa. O Marco Civil da internet, expressamente elege a liberdade de expressão como fundamento da utilização da internet no Brasil (art. 2º). Assim sendo deve se levar em consideração para a aferição do dano, se a ofensa se derivou de um abuso no exercício da liberdade de expressão.

Especificamente com relação aos danos causados em virtude da relação com inteligências artificiais e objetos autômatos, temos que os critérios acima, resguardadas algumas peculiaridades, também pode ser aplicados.

Outrossim, é importante analisar, no caso concreto, a existência de múltiplas responsabilidades, assim como a responsabilidade do criador ou programados – ou seja, a responsabilidade do agente ou da empresa que criou a tecnologia – devendo ser aferido se o dano causado poderia ou não ter sido previsto ou evitado; responsabilidade do possuidor ou detentor – sendo este o indivíduo que adquiriu do criador a tecnologia ou o objeto autômato – sendo necessária a aferição da existência de desrespeito de alguma recomendação de uso do programador ou, ainda, inobservância do dever de cuidado com relação a guarda e utilização e, por fim, analisar a existência de responsabilidade de eventual ordenador – assim compreendido como o indivíduo que programou a inteligência artificial ou proferiu a ordem ao objeto autômato.

Em que pese não seja objeto principal do presente estudo, é importante aferir-se, com base nas premissas acima fixadas, a possibilidade de existência de uma excludente de responsabilidade em virtude da autonomia.

Dito de outro modo, carece aferir-se, na situação jurídica, se o dano que foi causado deriva-se de uma modificação no sistema da inteligência que não foi pensado pelo criador e pelo detentor e, ainda, não se derivou de falhas de operação pelo ordenador. Estar-se-ia discutindo, pois, a existência de mais uma excludente de responsabilização, qual seja, a autonomia, evidenciando, sobremaneira, a influência das novas tecnologias nas concepções clássicas da responsabilidade civil.

CONCLUSÃO

A par da brevidade do presente estudo, algumas conclusões dele se extraem.

Inicialmente é de se consignar que, de fato, conforme mencionado nas linhas deste trabalho, as novas tecnologias estão arraigadas na vida cotidiana e já modificaram – e continuam modificando – o modo de viver da coletividade.

Seguindo estas modificações da estrutura social, o direito deve adaptar-se a esta nova realidade, para que esteja preparado para solucionar as demandas advindas da interação social nas novas plataformas (as digitais) e da utilização de softwares de inteligência artificial ou objetos dotados de autonomia.

Apesar da necessidade de compatibilização de vários pontos do ordenamento jurídico a estas realidades – tal como o direito empresarial e o direito penal – no que tange a responsabilidade civil, buscou esta pesquisa trazer a baila alguns critérios e pontos de partida para uma adequação da teoria e do direito posto a estes novos danos e novas situações jurídicas.

A fim de aumentar a efetividade das funções da responsabilidade civil – especialmente a função punitiva – buscou-se os ensinamentos da análise econômica do direito, que traz, em seu axioma, a necessidade de aferir-se, na aplicação ou na criação de uma norma, seus efeitos conglobantes e, ainda, que a efetividade da decisão (ou da norma) parta a finalidade que se destina.

Na questão vertente, o uso dos princípios e ensinamentos da análise econômica do direito na responsabilidade civil, por lesões sofridas em decorrência da utilização ou interação com as novas tecnologias, possibilita dizer que nestas situações, deve preocupar-se, o legislador e o aplicador do direito, com a busca do equacionamento entre a reparação integral dos danos (extrapatrimoniais), sem, por outro lado, desestimular a criação de novas tecnologias, em virtude dos riscos inerentes a esta atividade.

Em outros dizeres, a função punitiva da responsabilidade civil deve ser aplicada com

cautela nestas hipóteses, sob pena de ser ato contraproducente, vez que, por via reversa, estar-se-á desestimulando o avanço das tecnologias ou, ainda, a depender do caso, a inviabilizar a atividade das empresas que operam com este tipo de tecnologia.

Não se está a dizer, contudo, que a função punitiva deve ser atenuada nestas situações, haja vista a necessidade de fazer com que não só a vítima retroceda ao *status quo ante*, mas que, a empresa ou o indivíduo criador, portador ou utilizador das novas tecnologias, também retorne ao ponto anterior à lesão, não auferindo lucros com a operação.

É inadmissível que empresas utilizadores desses sistemas, embutam os valores gastos com reparação de danos em seus custos, deixando de os prevenir, por um critério única e exclusivamente econômico. Em outras linhas: o dano não pode compensar.

Eis o ponto de tensão deste trabalho, qual seja, fornecer ao aplicador do Direito, subsídios para que, na situação jurídica em concreto, quando estiver em voga a utilização de novas tecnologias, utilize com cautela a função punitiva da reponsabilidade civil, para que não haja um desestímulo ao desenvolvimento de novas tecnologias e, concomitantemente, crie mecanismos para desestimular a reiteração dos danos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 8. ed. rev., atual e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

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

BRYNJOLFSSON, Erik. **A segunda era das máquinas: trabalho, progresso e prosperidade em uma época de tecnologias brilhantes**. Rio de Janeiro: Alta Books, 2015.

CASE, Steve. **Terceira onda da internet: a reinvenção dos negócios na era digital**; tradução Lizandra Magon de Almeida. São Paulo. HSM, 2017.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11. ed. São Paulo. Atlas, 2014.

IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de Trabalho e Rendimento, **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017 [online]**. Disponível em:

“https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101631_informativo.pdf”. Acessp em 30 de dezembro de 2018.

JOHNSON, Steven. **Como chegamos até aqui: A história das inovações que fizeram a vida moderna possível**; tradução Claudio Carina. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015. 248 p.

KELLY, Kevin. Inevitável: **As 12 forças tecnológicas que mudarão o mundo**. Tradução de Cristina Yamagami. – São Paulo: HSM, 2017. 368 p.

O'BRIEN, Kevin J. **Talk to Me, One Machine Said to the Other [online]**. The New York Times Company, 2012. Disponível em: "<https://www.nytimes.com/2012/07/30/technology/talk-to-me-one-machine-said-to-the-other.html>". Acesso em 30 de dezembro de 2018.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Direito digital**. 5. ed. rev., atual. e ampl. de acordo com as Leis n. 12.735 e 12.737, de 2012. São Paulo: Saraiva, 2013.

PRESSE, France. **CES 2018: novos robôs 'emocionais' buscam ler sentimentos humanos [online]. 2018**. Disponível em: "<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/ces-2018-novos-robos-emocionais-buscam-ler-sentimentos-humanos.ghtml>". Acesso em 30 de dezembro de 2018.

ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**; tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei – uma introdução**. Francesco J. Beralli (Trad.) Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

ASPECTOS RELEVANTES DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Adriano Carlos Ravaioli¹

RESUMO

O presente artigo trata de aspectos relevantes da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, ressaltando suas principais características e influências. Realiza um debate acerca do tema, principalmente em relação à adequação de tal via processual para a defesa da probidade administrativa, destacando pontos favoráveis e contrários à sua utilização. Como resultado, conclui-se que, apesar de, num primeiro momento ter havido controvérsias, restou pacificado que o instrumento processual a ser utilizado na improbidade administrativa é realmente a ação civil pública. Para tanto, houve o emprego dos métodos dedutivo e hipotético-dedutivo, que parte de premissas genéricas com a finalidade de particularizar o conhecimento.

PALAVRAS-CHAVE: Ação Civil Pública; Interesses Difusos e Coletivos; Improbidade Administrativa; Princípios da Administração Pública; Dano Moral Coletivo.

ABSTRACT

This article deals with aspects of the class action by administrative improbity, highlighting its main characteristics and influences. It holds a debate on the subject, mainly in relation to the adequacy of such procedural way for the defense of administrative probity, highlighting points favorable and contrary to its use. As a result, it is concluded that, although there was controversy at first, it remained pacified that the procedural instrument to be used in administrative impropriety is actually the public civil action. For this, the use of deductive and hypothetical-deductive methods was used, based on generic premises with the purpose of particularizing knowledge.

KEYWORDS: Class Action; Diffuse and Collective Interests; Administrative dishonesty; Principles of Public Administration; Collective Moral Damage.

INTRODUÇÃO

Num primeiro momento, os procedimentos judiciais, ou o que a eles equivalia num passado muito distante, visavam a resolver conflitos entre indivíduos de forma particular, um contra o outro, tendo por base o ser individual. Com o passar do tempo e o aumento da complexidade das relações entre as pessoas, surgiram necessidades até então inexistentes, como processos que envolviam não mais uma única pessoa, tratada individualmente, mas sim vários indivíduos, uma classe de pessoas ou mesmo um grupo determinado de pessoas com interesse no objeto e/ou no resultado da ação.

Para essas hipóteses, havia a necessidade de um tratamento diferenciado, pois extrapolavam a figura individual e atingiam uma coletividade. Por isso, na Inglaterra, ainda no século XVII, começaram a surgir procedimentos que viriam a se tornar os embriões das ações

1 Mestrando em Ciências Jurídicas pela UNICESUMAR

coletivas, como são conhecidas atualmente.

Sob influência inglesa, tais ações foram adotadas nos Estados Unidos da América, onde receberam a denominação de *Class Action* (ações de classe, em tradução livre). Tais ações tiveram aperfeiçoamento e, em meados da década de 1960, ganharam a forma que mantêm praticamente até hoje.

O Brasil recebeu forte influência das *Class Action* norte-americanas e, no ano de 1965, editou a Lei n.º 4.717, que regula a ação popular, a primeira lei a reger ações coletivas no país. Anos depois, foi editada a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, que trata especificamente da ação civil pública, espécie de ação coletiva com abrangência bem maior do que a ação popular.

A doutrina e a jurisprudência, com o passar do tempo, encarregaram-se de aperfeiçoar o instrumento processual legalmente criado, dando-lhe os contornos que possui atualmente.

Apesar de divergências de ordem doutrinária, a ação civil pública tem sido utilizada no combate aos atos de improbidade administrativa em suas três modalidades, ou seja, enriquecimento ilícito, dano ao erário e ofensa aos princípios da administração.

No que diz respeito à metodologia utilizada, a técnica de pesquisa é a documentação indireta, fazendo uso das seguintes espécies: pesquisa bibliográfica, legislativa e jurisprudencial. Os métodos de abordagem utilizados foram o método dedutivo e o hipotético-dedutivo, que parte de premissas genéricas com a finalidade de particularizar o conhecimento. Destaque-se que a análise realizada neste trabalho considera o diálogo entre as diversas fontes do direito (leis, jurisprudência, costumes).

2 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A ação civil pública, prevista no art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988, regida pela Lei n.º 7.347/1985 e subsidiariamente pelo Código de Processo Civil, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e outros interesses difusos e coletivos.

Segundo Fernando da Fonseca Gajardoni², a ação civil pública surgiu no Brasil no art. 14, § 1º, da Lei n.º 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente), que, ao tratar dos ilícitos praticados contra o meio ambiente, estabeleceu, além da responsabilização penal, que o Ministério Público proporá, contra os causadores do dano, ação para responsabilização civil pelos prejuízos causados.

A fim de se regulamentar tal disposição legal, o legislativo federal aprovou a Lei n.º

2 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II: ações coletivas em espécie**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 13.

7.347/85.

Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli³:

Advinda pouco antes da promulgação da Constituição de 1988, chegou a marcar época a chamada Lei da Ação Civil Pública – LACP (Lei n. 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações para a defesa de interesses transindividuais a servir de base para novas leis que ampliaram sua abrangência. Após o advento da Lei n. 7347/85, coube por primeiro à própria Constituição de 1988 ampliar o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, bem como o objeto das ações coletivas.

Na sequência, houve a potencialização do alcance dos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. A Constituição Federal de 1988, a partir do seu art. 127, tratou do Ministério Público e elevou a ação civil pública a *status* constitucional, conforme o disposto no art. 129 da CF/88. Logo em seguida, no ano de 1990, o segundo diploma, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), no art. 81 e seguintes, veio a tratar, em capítulo separado, das ações coletivas.

Outras leis surgiram após a consolidação do sistema processual coletivo⁴, entre elas o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2011), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), o Estatuto do Deficiente (Lei nº 7.913/89), entre outras, todas com disposições concernentes à tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, e com referências expressas à ação civil pública.

Didier⁵ leciona que o núcleo deste microsistema se encontra na Lei de Ação Civil Pública somada ao Título III do CDC, ou seja, a ação civil pública se mostra de máxima relevância não só para a tutela dos direitos a que se propõe, mas serve também de subsídio às demais modalidades de tutela coletiva que nas suas regras se amparam quando não lhes for previsto nada específico.

No atual estágio de desenvolvimento da defesa dos direitos coletivos, encontramos maior preponderância da jurisprudência e da doutrina do que da própria lei, isso porque, no microsistema acima citado, percebemos que o legislador não se preocupou em descrever detalhadamente o procedimento para as referidas ações. Este fato faz com que inúmeros casos práticos não sejam regulados do ponto de vista processual, o que enseja grande atuação dos tribunais na formação da atual sistemática.

2.1 Natureza Jurídica

Uma importante observação deve ser feita no referente à natureza jurídica da ação civil pública. É entendimento pacífico que tal ação é instrumento normativo genuinamente processual,

3 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110

4 DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 12 ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

5 Ib. Idem.

uma vez que a lei criadora da ação civil pública objetiva instrumentalizar a defesa dos interesses coletivos, servindo como meio de solução de controvérsias⁶. Nos dizeres de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Também nos parece que a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer os instrumentos processuais hábeis à efetivação em juízo, da tutela dos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos. Ainda que nos dois aspectos antes ressaltados (arts. 10 e 13) a Lei 7.347/85 apresente coloração de direito material, estamos em que, no mais, trata-se de lei de natureza processual.⁷

Para Hely Lopes Meireles, a ação civil é:

instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, protegendo os interesses difusos da sociedade. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados por particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu.⁸

Não resta dúvida de que é um instrumento normativo genuinamente processual, visto que os direitos materiais por ela protegidos são regulados por outras normas. A lei cuida do procedimento propriamente dito, das regras instrumentais a serem utilizadas para a proteção de direitos que se encontram normatizados noutras legislações.

2.2 Objeto

No pertinente ao objeto das ações civis públicas, é necessário delimitarmos o campo de incidência contido na lei específica. Segundo a legislação, as ações civis públicas têm por objeto os chamados direitos transindividuais, que, por sua vez, dividem-se em coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Cumprir destacar, todavia, que a lei de ação civil pública não se preocupou, quando de sua promulgação, em definir as expressões interesses difusos, coletivos ou individuais. Nenhum dispositivo sancionado naquela oportunidade sequer contém tais expressões. Foi a doutrina a grande responsável pelo delineamento conceitual dos tais interesses difusos e coletivos. A partir de 1990, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, tais interesses passaram a ser definidos em lei.

De acordo com o Código de Defesa do Consumidor⁹, em seu art. 81, parágrafo único, inciso I, temos que *“interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas*

6 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.947/85 e legislação complementar**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28.

7 Ib. Idem. p. 28

8 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo, Editora Malheiros, pág.152.

9 BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em 30 jul 2019.

por circunstâncias de fato”

Os interesses ou direitos coletivos, por sua vez, encontram-se descritos no mesmo parágrafo, todavia, no inciso II¹⁰, “*interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;*”

Em ambas as situações, tais interesses ou direitos transcendem ao indivíduo, são indivisíveis e titularizados não pelo indivíduo isoladamente considerado, mas pela sociedade como um todo ou grupos mais ou menos extensos de pessoas.

A diferença entre ambos reside, pois, na titularidade, conforme sejam pessoas indeterminadas da coletividade (interesse difuso) ou pessoas determináveis, porquanto integrantes de grupo, categoria ou classe (interesse coletivo). No primeiro caso, as pessoas são unidas por circunstâncias de fato, enquanto que, no segundo, por uma relação jurídica base, conforme a própria lei.

Deparamo-nos, então, com a terceira categoria de interesses, os chamados individuais homogêneos, cuja definição encontra-se no inciso III do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor “*interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*”.

Nos interesses anteriormente mencionados, difusos e coletivos, o objeto em questão classificava-se como indivisível, de maneira que o tema merecia ser decidido de maneira uniforme para todos os integrantes dos grupos, sejam eles determináveis, nos interesses coletivos, ou indetermináveis, nos interesses de caráter difuso¹¹.

Na categoria de interesse individual homogêneo, o objeto será qualificado como divisível, porquanto cada integrante poderá perceber indenização conforme a necessidade originária, uma vez que, neste conjunto, o grupo é determinável e a origem comum.¹²

[...] percebe-se que o legislador foi econômico na definição, tendo referido apenas que são aqueles de origem comum. Como bem disse José Carlos Barbosa Moreira, tais direitos são acidentalmente coletivos, porque ontologicamente, na sua raiz, não guardam uma natureza coletiva. Com isso se quer dizer que apenas por ficção jurídica o legislador permitiu que em casos específicos de interesse social, “assumida a natureza divisível do objeto, ou, a rigor, a multiplicidade de objetos, que pertencem a cada um dos interessados” (indeterminados num primeiro momento), fossem tais direitos tratados de modo coletivo, ou seja, permitindo que se lhes aplicassem também todas as regras de direito processual coletivo contidas no próprio CDC ou na lei de ação civil pública, seja para dar maior efetividade ao direito material invocado, seja por economia processual.¹³

10 Ibidem.

11 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54.

12 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 54/55.

13 ABELHA, Marcelo. **Ação civil pública e meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 44.

Alguns doutrinadores, todavia, entendem que os direitos individuais homogêneos devem ser pleiteados através da ação civil coletiva, e não através de ação civil pública. Nesse sentido, o entendimento de João Batista de Almeida¹⁴, segundo quem:

Tenho sustentado que a via própria para o pleito de direitos individuais homogêneos é a ação civil coletiva, disciplinada nos arts. 91 a 100 do CDC, reservando-se a ação civil pública para os interesses difusos e coletivos. Mas a jurisprudência vem entendendo que tais direitos, quando socialmente relevantes, merecem tratamento coletivo e podem ser pleiteados em sede de ação civil pública.¹⁵

2.3 Competência e Foro Competente

Define-se a competência em dois momentos distintos. No primeiro pergunta-se: “qual justiça é competente?” É a chamada “competência de jurisdição”. Se competente for a Justiça Federal, porque presente interesse da União (art. 109, I, CF/88) – aí sim, num segundo momento, indaga-se: no âmbito da Justiça Federal, qual o foro competente, a chamada “competência de juízo?”. Se competente a Justiça Estadual, em virtude da não existência de interesse da União, qual é o foro competente, nesta ou naquela comarca?

A própria LACP¹⁶, em seu art. 2º, conduz a essa conclusão, ao dizer que as ações civis públicas serão propostas “no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar julgar a causa”. Nos dizeres de João Batista de Almeida, “*Está claro que o dispositivo pretendeu dizer “definido o foro competente, o juízo deste terá competência funcional”, seja a Justiça Federal ou Estadual.*”¹⁷

É preciso acautelar-se para não se excluir a competência da Justiça Federal ao reger friamente pela letra da lei. Isso porque a lei se refere ao “local do dano”, como foro competente, para se propor a ação civil pública. Obviamente, o dano sempre ocorrerá fisicamente num território de Estado-membro. Todavia, tal fato não deslocará a competência sempre para a Justiça Estadual.

A competência da Justiça Federal deve ser resguardada porque a jurisdição e a competência federais vêm reguladas diretamente pelo texto constitucional e este não pode ser mitigado. Por isso, o art. 2º da LACP deve ser interpretado sob a ótica da Constituição Federal, e não isoladamente. Assim, nos termos do art. 109, inciso I, da Constituição Federal de 1988, caberá à Justiça Federal processar e julgar as causas em que a União tiver interesse.

No caso em exame, é verdade que o art. 2º da LACP não ressalvou expressamente a competência da Justiça Federal. Seria preciso? Não, porque a competência da Justiça Federal está prevista e inteiramente regulada no Texto Constitucional (CF, art. 109, I), de sorte que tal ressalva está implícita na LACP e em toda norma infraconstitucional de cunho

14 ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 40.

15 Dentre outros: STF, Pleno, RE 163.231/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 26.02.1997, v.u.; STJ, 4ª T., REsp 34155/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14.10.1996, v.u.; DJ 11.11.1996

16 BRASIL. Lei n.º 7.347 de 24 de julho de 1985, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 30 jul 2018.

17 ALMEIDA, João Batista de. Op. Cit. p. 104.

processual que regule competência e foro competente. Aliás, parece que, temendo dúvidas e controvérsias, o legislador foi explícito no CDC: ressaltou expressamente a competência da Justiça Federal (art. 93).¹⁸

Hely Lopes Meireles, mesmo antes da edição do CDC, já dizia:

Se porém, a União, suas autarquias e empresas públicas forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, a causa correrá perante os Juízes Federais e o foro será o do Distrito Federal ou o da Capital do Estado, como determina a Constituição da República (art. 109, I).¹⁹

Conclui-se, dessa maneira, que, havendo interesse da União, ou seja, se o caso concreto amoldar-se a qualquer uma das hipóteses do art. 109 da Constituição Federal de 1988, a competência será da Justiça Federal. Caso contrário, não havendo interesse da União, a competência pertencerá à Justiça Estadual.

Pois bem, definida a competência, estadual ou federal, cabe-nos agora definir o juízo competente para o processamento da ação. Para isso, devemos nos valer da própria LACP, que determina que o foro competente é do local onde ocorrer ou deva ocorrer o dano (art. 2º).

Assim, se o dano ocorrer em Capital ou em localidade sede de vara federal, havendo interesse da União ou dos entes paraestatais especificados na Constituição Federal, competente será um dos juízes federais da Seção Judiciária. Não sendo sede de Vara Federal, mas existindo interesse da União, a competência será de um dos juízes federais da seção judiciária com jurisdição sobre aquela localidade. Não sendo tal localidade sede de Vara Federal, nem existindo interesse da União e dos entes paraestatais, competente será, nesse caso, a Justiça Estadual.

Se o dano tiver dimensão nacional, e a ação for de competência federal, o foro competente é o do Distrito Federal, a teor do art. 93, II, do Código de Defesa do Consumidor.

Por fim, quando o tema delimitar duas ou mais comarcas, deverá ser adotado o critério da prevenção como forma de solucionar o impasse. Igualmente, a demarcação preventiva poderá ser aplicada em todas as esferas, municipal, estadual e federal, desde que o processo tenha o mesmo objeto ou causa de pedir.

2.4 Legitimidade

O legislador brasileiro optou por enumerar taxativamente os legitimados ao ajuizamento da ação civil pública. Nos termos do art. 5º da Lei n.º 7.347/85 (LACP), podem propor a ação civil pública o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil, incluá,

18 ALMEIDA, João Batista de. Op. Cit. p. 105.

19 MEIRELES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, "habeas data"**, 13 ed. Apud ALMEIDA, João Batista de, Op. Cit. p. 106

entre suas finalidades institucionais a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Outras leis também cuidam da legitimidade para agir em caso de ação civil pública: o CDC, no art. 82; a Lei 7.853/89; a Lei 8.069/90.

Nos dizeres de João Batista de Almeida²⁰:

trata-se de 'legitimação concorrente', ou seja, um dos colegitimados pode agir na defesa do bem tutelado, sem que isso iniba a atuação dos demais. Não há exclusividade de atuação; todos podem atuar ou isoladamente ou em conjunto, sem qualquer monopólio em favor de um ou outro legitimado. Aliás, a própria Constituição Federal deixou claro que a legitimação do Ministério Público para a ação civil pública – art. 129, III – não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses (art. 129, § 1º), demonstrando não haver 'reserva de mercado' nessa matéria. Da mesma forma, os lesados podem individual ou coletivamente propor ação própria (não ação civil pública) para ressarcimento do dano individualmente sofrido.

Parece-nos fora de dúvida que o Ministério Público é o órgão mais bem aparelhado para promover a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, em nível judicial. Segundo Almeida²¹, *“Há verdadeiramente, uma vocação natural para o mister, o que explica o grande volume de ações propostas pelo Parquet sobre a matéria”*

Talvez por isso, o Ministério Público tenha também a legitimação subsidiária em caso de abandono ou desistência da ação pelo autor inaugural, nos termos do art. 5º, § 3º, da LACP, que declara que em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

Nesta seara, cumpre destacar que, apesar da lei tratar a hipótese de legitimação subsidiária como uma obrigatoriedade do Ministério Público, não deixando espaço para eventual juízo de discricionariedade, parte da doutrina posiciona-se no sentido contrário, ou seja, de que os Promotores de Justiça devem decidir se o prosseguimento da ação é favorável ou não ao interesse público.

Neste sentido é o entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso:

Diz o art. 5.º da Lei 7.347/85, em seu §3.º: “Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa” (cf. redação dada pelo art. 112 da Lei 8.078/90). Em que pese o imperativo “assumirá”, cremos que resta uma certa discricionariedade ao Ministério Público para decidir, interna corporis, se a assunção da ação de que outrem desistiu ou que outrem abandonou consulta ou não ao interesse público. [...] Diz José Afonso da Silva: “Fica assegurado ao representante do MP promover o prosseguimento da ação. Quer dizer, assegura-se-lhe o direito de dar continuidade ao processo. Não é obrigado a fazê-lo, confere-se-lhe mera faculdade.”²²

20 ALMEIDA, João Batista de. Op. Cit. p. 130.

21 ALMEIDA, João Batista de. Op. Cit. p. 131

22 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar.** p. 127/128.

Fato é que o Ministério Público está amplamente aparelhado, cercado de prerrogativas, capazes de garantir o apropriado desempenho da legitimação ora tratada, e os reflexos destes preceitos evidenciam-se na atuação do *Parquet*, que se perpetua amplamente como responsável pela defesa dos direitos coletivos em juízo, em contraste com os demais legitimados.

É gritante da diferença quantitativa das ações civis públicas propostas pelos Ministérios Públicos em relação aos demais legitimados.

Quanto ao tema da legitimidade passiva, em que pese a dificuldade em enumerar os inúmeros agressores do patrimônio público, a lei não estipulou maiores limitações figurativas, respeitando-se, todavia, a impossibilidade de um mesmo ente figurar ativa e passivamente na mesma demanda. Sobre o tema discorreu Fernanda Marinela: “A legitimidade passiva se estende a todos os responsáveis pelos atos que originaram a ação, podendo ser pessoas físicas, jurídicas, de direito público ou privado. Enfim, todos aqueles que de algum modo concorreram para o ato que gerou a ação.”²³

Devemos salientar, também, a possibilidade da existência do litisconsórcio nas ações civis públicas. Disciplina o § 2º do art. 5º da LACP que “fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas [...] habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”. Tal fato decorre da legitimação concorrente, já que não há exclusividade para a propositura da ação.

O litisconsórcio pode formar-se em dois momentos, quais sejam, no ajuizamento da ação ou em momento posterior. Se houver aditamento da petição inicial pelo litisconsorte para alterar ou ampliar o objeto da demanda, ocorre o litisconsórcio ulterior; ao contrário, não havendo esse aditamento, não há propriamente o litisconsórcio, mas uma mera assistência litisconsorcial²⁴.

3 INFLUÊNCIA DA CLASS ACTION NORTE AMERICANA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Aponta-se a experiência inglesa, no sistema de *common law*, desde o século XVII, nos tribunais de equidade (*Courts of Equity ou Courts of Chancery*) que admitiam o *bill of peace*, como sendo a origem da tutela coletiva de direitos.²⁵

Os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar a controvérsia e facilitar a tarefa do Júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário fundado meramente na existência de questões comuns²⁶. Os tribunais de equidade, ao contrário, permitiam o litisconsórcio fundado na

23 MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. p. 945.

24 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303.

25 ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

26 GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas numa perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

existência de questões comuns. Todavia, com o objetivo de evitar a multiplicidade de procedimentos e de conceder uma justiça o mais abrangente e completa possível, impuseram uma norma, obrigando a intervenção compulsória de todas as pessoas interessadas no julgamento da lide.²⁷

No século XVII, as *Courts of Chancery* perceberam que a obediência cega a tal determinação poderia produzir insuperáveis inconvenientes e, em alguns casos, ser injusta. Nos casos em que o número de pessoas envolvidas era muito grande, por exemplo, a intervenção de todos os interessados dificultava o andamento do processo.

Por isso, com o passar do tempo, desenvolveram uma série de direitos que eram reconhecidos apenas pelo sistema de equidade, embora desconhecidos pelo sistema do direito. As *bills of Peace* são uma dessas criações de novos instrumentos processuais concebidos para a tutela de novas situações, consistindo em ações representativas para os casos em que o grupo era tão numeroso que o litisconsórcio era impossível ou impraticável. Essas ações tinham efeito *erga omnes*, vinculando todos os membros do grupo.

Diante da relação colonial existente à época entre a Inglaterra e os Estados Unidos, esses acabaram por adotar sistema jurídico praticamente idêntico, criando os tribunais de direito e de equidade.

Aponta-se como um marco histórico fundamental na construção da evolução histórica da tutela coletiva de direitos nos Estados Unidos o ano de 1842, oportunidade na qual a Suprema Corte editou um conjunto de regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passou a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos.²⁸

Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. A Regra 48 foi revogada pela *Rule 38*, que continuou a ser aplicada, tão-somente, aos casos de equidade. Saliente-se que a grande alteração residiu na supressão da referência, contida na parte final da norma revogada, aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo.²⁹

Finalmente, em 1938, surge nos EUA o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal, o *Federal Rules of Civil Procedure*. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de número 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos baseados na equidade.³⁰

27 Ibidem, p. 41

28 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.). **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66.

29 Ibidem, p. 68.

30 Ibidem, p. 69.

Segundo Gidi,

As Federal Rules of Civil Procedure não são uma lei, no sentido de norma jurídica emanada do poder legislativo de um país (statute). Também não se trata de um código no sentido de sistema legal que almeja ser coerente e completo. Trata-se de um conjunto de normas (rules) emitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, através de uma delegação do Poder Legislativo americano. Em 1934, o Congresso promulgou uma lei, o Rules Enabling Act, delegando à Suprema Corte a tarefa de promulgar normas processuais para regular o processo na Justiça Federal. O único limite imposto é que essas normas ‘processuais’ não poderiam ‘diminuir’, ‘aumentar’ ou ‘modificar’ direitos substanciais.³¹

A *Rule 23* previa três categorias diversas de ações coletivas:

- a) puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas (*true*);
- b) as híbridas (*hybrid*); e
- c) as espúrias (*spurious*).

A ação de classe pura (*true*) pressupunha unidade absoluta de interesse (*unity of interest*), ou seja, natureza indivisível do direito ou interesse, que seria comum (*joint or common*) a todos os membros do grupo.

Nas *class actions* híbridas (*hybrid*), por sua vez, os membros da classe compartilhavam do interesse em relação a um bem jurídico, que estava sendo objeto da ação. Todavia, o direito não era único ou comum a todos. Logo, havia uma pluralidade de direitos que incidiam sobre o mesmo objeto.

E nas *spurious class action*, havia uma pluralidade de interesses, mas decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, a indicar, como apropriada, a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Veja-se, pois, que, nessa categoria, não havia indivisibilidade do objeto ou mesmo um bem comum relacionado com a lide, mas tão somente de pessoas ligadas por determinadas circunstâncias, que estivessem pleiteando a mesma espécie de providência jurisdicional. Justamente por isso, nessa categoria, tratava-se de um permissivo a litigação em grupo, ao contrário das demais espécies de *class action*.³²

Conclui-se que, na versão original da Regra 23, nas ações coletivas autênticas e híbridas os membros das classes envolvidas estariam sob o efeito do julgado. Já na ação coletiva espúria, não haveria vinculação de toda a classe, mas apenas dos membros que tivessem participado do processo – como uma espécie de litisconsórcio liberal.

A Suprema Corte norte-americana alterou substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23. As notas do comitê consultivo que participou da modificação legislativa esclarecem que a versão antiga foi abandonada exatamente porque a diferenciação entre ações autênticas, híbridas e

31 GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas numa perspectiva comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

32 MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e nacional**. Marinoni, Luiz Guilherme (Coord.). **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 70.

espúrias “*proved obscure and uncertain*” (a distinção provou ser obscura e incerta) e as ações espúrias haviam se mostrado de utilidade limitada, já que não atingiam quem não fosse parte.³³ A nova emenda foi formulada com ênfase na representação adequada e leal, como pressuposto para a manutenção das ações coletivas, cujo julgamento passaria a atingir a todos os que fossem considerados como membros da classe, independentemente se o resultado fosse ou não benéfico para os mesmos. O texto formulado para a Regra 23, em 1966, encontra-se basicamente mantido. Estabelece pressupostos processuais e condições da ação para admissibilidade e prosseguimento das ações coletivas (modificações em 1987, 1998, 2003, 2005 (*Class Action Fairness Act - CAFA*), 2007 e 2009).

De acordo com esse texto, estabeleceu-se como pressuposto de admissibilidade da *class action*, ou os seus requisitos vestibulares, as seguintes regras:

- a) Pré-requisitos para a ação de classe: um ou mais membros de uma classe podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se:
 - 1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável,
 - 2) há questões de direito ou de fato comuns à classe,
 - 3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe, e
 - 4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.³⁴

A alínea b da Regra 23, das *Federal Rules of Civil Procedure*, trata dos requisitos para o prosseguimento das *class action* ou pressupostos para o seu desenvolvimento nos seguintes termos:

- b) prosseguimento da ação de classe: uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda:
 - 1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:
 - A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe, (ou)
 - B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou
 - 2) A parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer ou correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo; ou
 - 3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Os assuntos pertinentes aos fundamentos de fato da sentença incluem: A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; B) a amplitude da natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; D) as dificuldades que provavelmente serão encontradas na gestão de uma ação de classe.³⁵

33 Ibidem, p. 72.

34 GRINOVER, Ada Pelegrini. **A class action brasileira**. In: TUBENCHLAK, J.; BUSTAMANTE, R. S. (Coords.) *Libro de Estudos Jurídicos*, n.º 2. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, apud LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 160.

35 Ibidem, p. 161

No referente às aproximações da ação civil pública brasileira, principal remédio para a tutela dos interesses difusos no Brasil, resta clara a influência americana. A tutela dos interesses difusos teve origem na proteção de interesses do grupo (*class*). Logo, a *class actions* e ação civil pública brasileira têm base no interesse coletivo.

De outro modo, as distinções entre as *class actions* e ação civil pública brasileira restam muito mais evidentes e numerosas. Veja-se:

Pré-requisitos: de um lado, tem-se os requisitos exigidos na *Rule 23* da *Federal Rules of Civil Procedure* para a propositura da *class action*; de outro, para a propositura de uma ação civil pública se exige somente a existência de uma violação de um interesse difuso (art. 81, CDC).

Legitimidade ativa: No sistema norte-americano, não há óbice para que representantes defendam interesses e direitos de um grupo em juízo nas *class action*, embora não façam parte da classe, tal como no caso das *unincorporated associations*. No direito pátrio, consoante do art. 6º do CPC, ninguém pode pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei;

Representatividade adequada: Na ação civil pública, o legislador presume a representatividade dos legitimados ativos para a tutela dos interesses difusos. Nos EUA, o advogado (*class counsel*) que representará o grupo é eleito pelo julgador. Pode, ademais, haver substituição ou reforço da representação. O Brasil desconhece absolutamente essa prática;

Atos de comunicação: Na ação civil pública brasileira, em se tratando de direitos individuais homogêneos em causa, a comunicação é feita pela imprensa oficial e a decisão proferida no bojo da ação não prejudica as partes ausentes; já nos Estados Unidos, não há distinção entre direitos individuais homogêneos, direitos coletivos e direitos difusos. Reconhece-se somente os direitos coletivos. Ainda, a comunicação das partes interessadas em uma ação de classe (*notice*) é pressuposto exigido e apreciado rigidamente pelos tribunais, criando, inclusive, embaraços e onerosidade excessiva para o representante a fim de cumpri-la;

Efeito do julgado: No Brasil, a coisa julgada nas ações civis públicas se dá *secundum eventum litis*. Não há coisa julgada em ações coletivas julgadas improcedentes por insuficiência de provas. Já nos EUA, tem-se o *binding effect* (efeito vinculante - espécie de coisa julgada *erga omnes*), pois entende-se que a adequada atuação do representante produz resultado igual ao resultado que seria obtido se as partes ausentes tivessem participado do feito.

Outro aspecto diferenciador entre as *class actions* e ação civil pública brasileira é a mutabilidade. O sistema estadunidense reconhece a possibilidade de mutação de uma ação coletiva em individual, ou vice-versa. No Brasil, há impossibilidade de mutação.

4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

4.1 Breves considerações sobre improbidade administrativa

Antes de adentrarmos ao tema do presente tópico, que se relaciona às normas instrumentais, de natureza processual, que regem a ação por ato de improbidade administrativa, faz-se necessária uma breve explanação acerca do conceito de improbidade, da falta de probidade com a coisa pública.

Nos dizeres de Marino Pazzaglini Filho³⁶, “o vocábulo latino ‘improbitate’ tem o significado de “desonestidade” e a expressão *improbis administrator* quer dizer “administrador desonesto ou de má-fé”.

Assim, a conduta ilícita do agente público para tipificar ato de improbidade administrativa deve ter esse traço comum ou característico de todas as modalidades de improbidade administrativa desonestidade, má-fé, falta de probidade no trato da coisa pública.

Nesse contexto, a improbidade administrativa constitui violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público agir sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos.

Nesse aspecto é importante a ênfase dada pelo Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.

[...]

6. É cediço que a má-fé é premissa do ato ilegal e ímprobo. Consectariamente, a ilegalidade só adquire o status de improbidade quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública coadjuvados pela má-fé do administrador. A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade, o que não restou comprovado nos autos pelas informações disponíveis no acórdão recorrido, calcadas, inclusive, nas conclusões da Comissão de Inquérito.³⁷

Assim, temos que improbidade administrativa é mais que a singela atuação em desacordo com a letra fria da lei. Em outras palavras, não é sinônimo de mera ilegalidade administrativa, mas de ilegalidade qualificada pela imoralidade, desonestidade, má-fé. Em suma, pela falta de probidade do agente público no desempenho de função pública.

Esse também é o entendimento do professor Marcelo Figueiredo³⁸: “nessa direção, não nos parece crível punir o agente público, ou equiparado, quando o ato acoimado de improbidade administrativa é, na verdade, fruto de inabilidade, de gestão imperfeita, ausente o elemento “desonestidade” ou de improbidade propriamente dita”.

36 PAZZAGLINI Filho, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**, 5 ed. São Paulo: Atlas. p. 13.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma), **Recurso Especial** 480.387/SP. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de março de 2004. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200201498252&dt_publicacao=24/05/2004. Acesso em 30 jul 2019.

38 FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 42-43

No julgamento do Recurso Especial 213.994-0/MG, o Superior Tribunal de Justiça deixou assentado que:

É que o “objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador público desonesto, não o inábil. Ou, em outras palavras, para que se enquadre o agente público na Lei de Improbidade é necessário que haja o dolo, a culpa e o prejuízo ao ente público, caracterizado pela ação ou omissão do administrador público”(Mauro Roberto Gomes Mattos, em “O Limite da Improbidade Administrativa”, Edt. América Jurídica, 2ª ed., p. 7 e 8). “A finalidade da lei de improbidade administrativa é punir o administrador desonesto”(Alexandre de Moraes, in “Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional”, Atlas 2002, p. 2.611). “De fato, a lei alcança o administrador desonesto, não o inábil, despreparado, incompetente e desastrado” (REsp 213.994-0/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, DOU de 27-9-1999)³⁹

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu em seu art. 37 que qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Após determinar os princípios, a Constituição também estabeleceu que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma da lei – art. 37, § 4º.

A fim de concretizar a vontade Constitucional, foi editada a lei de improbidade administrativa – Lei n.º 8.429/1992.

São modalidades da improbidade administrativa o enriquecimento ilícito – art. 9; o dano ao erário – art. 10; e a ofensa aos princípios constitucionais da administração pública e às normas legais – art. 11.

Nos termos do art. 17 da LIA a ação principal será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, não se explicitando no texto legal qual seria a modalidade de tal ação.

Conforme João Batista de Almeida,

A leitura desse dispositivo faz supor que o legislador pretendeu criar uma nova ação, que seria a “ação civil por improbidade administrativa” ou “ação civil de reparação de danos”, referida no art. 18. Isso porque o dispositivo legal fala em “ação principal, que terá o rito ordinário”, além de dispor sobre legitimação para agir, vedação de transação, intervenção do Parquet como fiscal da lei (art. 17, caput e §§ 1º e 4º) e destinação do produto da condenação (art. 18). Assim, com essa regulamentação mínima, parece que a lei pretendeu dar outros contornos de uma nova ação.⁴⁰

Também Pedro da Silva Dinamarco entende que, de qualquer modo, não pode ser utilizada a ação civil pública para a defesa do erário público.

não existe fungibilidade com o procedimento previsto na Lei de Improbidade Administrativa ou na Lei da Ação Popular. Faz-se, portanto, uma breve análise de algumas

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial** 734.984. Relator: Min. Luiz Fux, 18 de dezembro de 2007. Apud BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Turma). **Recurso Especial** 758.639, Relator Min. José Delgado, 15 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=758639&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 30 jul. 2018.

40 Ibidem, p. 48.

características que tornam incompatível o procedimento da ação civil pública com os demais institutos.

[...]

Algumas peculiaridades não podem qualifica-la como de rito especial: competência exclusiva do foro do local do dano (art. 2º); legitimidade extraordinária ad causam concebida ao Ministério Público, associações e entes da Administração Pública direta ou indireta (art. 5 e CDC, art. 82); coisa julgada secundum eventum litis (art. 16 e CDC, art. 103) etc⁴¹

Prossegue, dizendo:

A Lei de Improbidade Administrativa, por outro lado, apresenta regras incompatíveis com a ação civil pública.

A primeira delas consiste na destinação do dinheiro objeto da condenação. Segundo consta de seu art. 18, a sentença que julgar procedente a ação condenatória ‘deterinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito’. Ora, no procedimento da ação civil pública os recursos obtidos devem obrigatoriamente ser destinados ao fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública. É impossível conciliar esses dois dispositivos⁴²

Conclui, afirmando:

tudo isso demonstra que a intenção da Lei de Improbidade Administrativa não foi a de utilizar-se da ação civil pública para defender os interesses lá tutelados. Ao contrário. Em seu art. 17, ela é expressa em afirmar que o processo principal ‘terá o rito ordinário’. Não se pode, portanto, aplicar regras próprias da ação civil pública para a defesa do erário público⁴³

Ocorre que a hipótese é de tutela coletiva, para a defesa do patrimônio público, dos princípios da administração pública do art. 37 da Constituição Federal e do direito do cidadão à boa e correta administração dos recursos públicos, enquadráveis na categoria de interesses difusos da sociedade, posto que transindividuais, indivisíveis e titularizados por pessoas indeterminadas⁴⁴

A legitimação do Ministério Público já decorria dos arts. 127 e 129, incisos III e IX, da Constituição Federal e da própria LACP e a legitimação da pessoa jurídica interessada é ordinária, em face do interesse direto que terá em apurar os atos de improbidade, punir os responsáveis e cobrar-lhes a recomposição do patrimônio lesado.

Desse modo, mesmo que não existisse a legitimação dada pela Lei 8.429/92, ainda assim estariam legitimados o Ministério Público – como substituto processual em legitimação extraordinária – e a pessoa jurídica interessada – que possui verdadeira legitimação ordinária.⁴⁵

Com suporte na Lei 8.429/92, pode o pedido da ação civil pública contemplar as sanções inerentes à improbidade administrativa, sendo despidendo prender-se ao rótulo da ação, mas ao tema em discussão. Também viável a cumulação de ações.

Logo, quando o MP promove ação civil pública para a proteção do patrimônio público lesado por ato de improbidade administrativa, está ele utilizando atribuição constitucional expressamente prevista. Está também defendendo os princípios da legalidade e da

41 DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 283

42 Ibidem, p. 284.

43 Ibidem, p. 285.

44 ALMEIDA, João Batista de, op. cit., p. 48.

45 Ibidem, p. 48.

moralidade, quando afetados pelo ato ímprobo. Caso não se colocasse tal defesa no âmbito da ‘lesão do patrimônio público’, forçosamente ela estaria incluída na norma de extensão (‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’) e no art. 127, caput, da CF/88 (‘defesa da ordem jurídica’)⁴⁶

Fato é que a Ação Civil Pública tem sido o instrumento utilizado pelo Ministério Público, nos termos da Lei 8.429/92, para promover ações em desfavor daqueles que praticam atos de improbidade administrativa, em qualquer uma de suas modalidades.

A mesma ação é utilizada para tentar reaver bens e valores quando infringidos os arts. 9º e 10 ou simplesmente para se culminar as penas previstas no art. 12, quando ofendido o art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

4.2 Do Dano Moral Coletivo em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa

A dignidade da pessoa humana foi tratada de forma inovadora pela Constituição Federal de 1988. Foi elevada à condição de fundamento da República no art. 1º, inciso III, demonstrando assim a necessidade de que todo o aparato estatal a tenha como norte ao empreender as suas políticas e ações.

Segundo Ingo Sarlet,⁴⁷ *“onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa) não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças”*.

É precisamente neste novo contexto sobre o enquadramento jurídico da dignidade da pessoa humana que vem se formando uma nova orientação doutrinária e jurisprudencial sobre o dano moral.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente a possibilidade de indenização pela violação aos direitos da personalidade, a qual, ainda que oriunda do mesmo fato, poderá ser cumulada com a indenização por dano material, tendo a matéria sido sistematizada pelo Código Civil de 2002.

O dano moral foi elevado a direito fundamental ao ser consagrado no art. 5º, incisos V e X, da CF/88 e, na esfera infraconstitucional, foi expressamente previsto no art. 186 do Código Civil em vigor.

Deste modo, podemos observar os seguintes posicionamentos doutrinários sobre o tema.

Orlando Gomes⁴⁸ afirma que

46 Ibidem, p. 49.

47 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008. Apud LIMA, Charles Hamilton Santos. **A Possibilidade de Dano Moral Coletivo por Lesões à Probidade Administrativa**. Revista Consultor Jurídico, 21 de março de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/mp-debate-possibilidade-dano-moral-lesoes-probidade-administrativa>. Acesso em: 09 mar 2019.

48 GOMES, Orlando. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 113.

a expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial. Será dano moral a lesão sofrida ao patrimônio ideal, em contraposição ao material. Daí a necessidade de ressarcir, sendo cumuláveis os ressarcimentos por dano moral e patrimonial oriundos do mesmo fato.

Yussef Said Cahali⁴⁹ caracteriza o dano moral como

a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade individual, a integridade física, a honra. Diz que há dano que afeta a parte social do patrimônio moral (honra) e o dano que diz respeito a parte afetiva do patrimônio moral (dor, tristeza)”.
Hodiernamente, há, na construção do conceito de dano moral, uma tendência pela desvinculação do aspecto da dor física, do sofrimento, da angústia, ao mesmo tempo em que ganha relevo o respeito à dignidade da pessoa humana como fator balizador da ocorrência do dano moral.

Nesta perspectiva é que se vem sedimentando o reconhecimento da necessidade da reparação por dano moral quando atingidos os ditos direitos e interesses metaindividuais: configurando-se o dano moral coletivo.

Para Alberto Bittar Filho⁵⁰,

consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*damnum in re ipsa*)

O ordenamento jurídico pátrio prevê a figura do dano moral coletivo em algumas leis esparsas. O CDC (Lei 8.078/90), no art. 6º, enumera como direitos básicos do consumidor: a efetiva proteção e reparação de danos patrimoniais, individuais, coletivos e difusos, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, entre outros.

A Lei 7.347/85, em seu art. 1º, prevê que

Regem-se, pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio ambiente;

II - ao consumidor;

III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

V - por infração da ordem econômica.

Sobre esse dispositivo legal, Hugo Nigro Mazzilli⁵¹ afirma que “*não só os danos*

49 CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2 ed. p. 54.

50 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro**. Revista de Direito do Consumidor, nº 12, out/dez/94 apud LIMA, Charles Hamilton Santos. **A Possibilidade de Dano Moral Coletivo por Lesões à Probidade Administrativa**. Revista Consultor Jurídico, 21 de março de 2016, Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/mp-debate-possibilidade-dano-moral-lesoes-probidade-administrativa>. Acesso em: 09 mar. 2019.

51 MAZZILLI. Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 202.

patrimoniais, como os danos morais devem expressamente ser objeto da ação de responsabilidade, devendo-se considerar todas as consequências decorrentes da quebra da moralidade administrativa”

Além da legislação já mencionada, a jurisprudência dos nossos Tribunais tem se consolidado no sentido da existência do dano moral coletivo, como categoria autônoma de dano indenizável. O Superior Tribunal de Justiça examinou recurso interposto no âmbito de ação civil pública por improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro contra diversos agentes públicos. No acórdão, a Corte Superior reafirmou seu entendimento sobre a matéria: é juridicamente possível pleitear indenização por dano moral coletivo em sede de ação civil pública por ato ímprobo (STJ, REsp 1.666.454, j. 27.6.2017).

Especificamente no campo da improbidade administrativa, assim tem se manifestado a jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. MULTA CIVIL. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. [...] 3. Não há vedação legal ao entendimento de que cabem danos morais em ações que discutam improbidade administrativa seja pela frustração trazida pelo ato ímprobo na comunidade, seja pelo desprestígio efetivo causado à entidade pública que dificulte a ação estatal. [...].⁵²

CONSTITUCIONAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PERITO JUDICIAL. JUSTIÇA DO TRABALHO. PRESCRIÇÃO. DANOS MORAIS. INOCORRÊNCIA. [...] 9. A doutrina mais abalizada, bem como a jurisprudência, admitem o ressarcimento de dano moral causado por ato de improbidade do agente público. Entretanto, não é todo e qualquer ato de improbidade que causa dano moral à coletividade. A identificação do dano moral demanda análise do conjunto probatório constante dos autos, devendo ser consideradas as circunstâncias que envolvem cada caso concreto. 10. Não basta somente a ocorrência do suposto ato ímprobo, faz-se necessário que tal ato cause evidente e significativa repercussão no meio social, não sendo suficientes meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa. [...].⁵³

Ressalte-se que, em se tratando de dano moral coletivo decorrente de ato de improbidade, vários julgados, ante a preocupação com o fenômeno da banalização ou indústria do dano moral, têm condicionado o seu reconhecimento somente aos casos em que “*o ato ímprobo cause evidente e significativa repercussão no meio social, não sendo suficientes meras presunções ou mesmo a simples insatisfação da coletividade com a atividade administrativa*” (TRF 1, 675320084013901, e-DJF1 de 29/11/13).⁵⁴

52 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial** 960.926, Relator: Min Castro Meira, 18 de março de 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=960926&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 12 mar. 2019.

53 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (6. Turma). **Apelação / Remessa necessária** 0006786-54.2003.4.03.6105, Relatora: Des. Fed: Consuelo Yoshida, 06 de junho de 2013. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/ListaResumida/1?np=0>. Acesso em: 12 mar. 2019.

54 ROCCA, Lady Ane de Paula Santos Della. **Dano Moral Coletivo Decorrente de Atos de Improbidade Administrativa**. Disponível em: <https://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/lady-rocca.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Há entendimentos diversos, no sentido de não admitir a utilização de ação civil pública por ato de improbidade administrativa para se pleitear dano moral coletivo:

A ação de improbidade administrativa não comporta sanção de reparação do dano extrapatrimonial coletivo. Sem adentrar a discussão da possibilidade jurídica ou não da indenização em dano coletivo, o fato é que na improbidade administrativa as penas são exaustivamente previstas na lei, especificamente no art. 12 da Lei 8.429/92, dentre as quais não há previsão para dano moral coletivo.⁵⁵

Em meio a tal celeuma, tem-se, de forma geral, admitido a busca de indenização por danos morais coletivos em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, obedecida a ressalva acima, ou seja, desde que o ato ímprobo cause evidente repercussão social, não sendo, por óbvio, todo ato administrativo considerado ímprobo passível de indenização.

5 CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar o debate acerca do tema, pretendeu-se, no presente trabalho, destacar as principais características da Ação Civil Pública proposta em virtude da prática de ato de improbidade administrativa.

Antes disso, foi feita uma análise geral do instituto da ação civil pública, examinando-se as suas principais características, sua evolução histórica, objeto, partes legítimas, entre outros aspectos. Discorreu-se ainda sobre a influência que a ação civil pública pátria sofreu das *class actions* norte-americanas.

No pertinente especificamente acerca do tema dos atos de improbidade administrativa, buscou-se trazer, de forma bastante sintetizada, no que consistem os atos de improbidade administrativa e opiniões contra e a favor da utilização de ação civil pública visando a seu combate.

Nos termos explicitados, ação civil pública tem sido largamente utilizada pelo Ministério Público como instrumento com o qual se tenta combater ou punir os atos ímprobos na esfera civil, independentemente das claras divergências existentes entre a LACP e a LIA.

A nosso ver, parece-nos apropriada a utilização de tal instrumento processual no combate e punição dos atos que atentem contra a probidade administrativa.

Por fim, debateu-se o tema dos danos morais coletivos que têm sido requeridos nas ações civis públicas por ato de improbidade administrativa. Apesar das divergências entre decisões de alguns Tribunais, tem-se admitido a busca de indenização por danos morais coletivos nas ações civis públicas por ato de improbidade.

55 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (3. Turma), **Apelação Cível** 5001672-05.2012.4.04.7011, Relatora: Des. Fed. Vânia Hack de Almeida 25 fev 2019. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/resultado_pesquisa.php. Acesso em: 11 mar. 2019.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. **Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.429 de 02 de junho de 1992**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALMEIDA, João Batista de. **Aspectos controvertidos da ação civil pública**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 26. ed. São Paulo: Forense, 2005.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação Civil Pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIDIER, Fredie; ZANETI, Hermes. **Curso de direito processual civil – processo coletivo**. 12. ed. São Paulo: Juspodivm, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Forense, 2017.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Direitos difusos e coletivos II: (ações coletivas em espécie)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GIDI, Antonio. **A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**. As ações coletivas numa perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito das Obrigações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIMA, Charles Hamilton Santos. A Possibilidade de Dano Moral Coletivo por Lesões à Proibição Administrativa. **Consultor Jurídico**, 21 de março de 2016, Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2016-mar-21/mp-debate-possibilidade-dano-moral-lesoes-proibicao-administrativa>. Acesso em: 09 mar. 2019.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.947/85 e legislação complementar**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor,**

patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil**. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MILARÉ, Édis. **Ação Civil Pública**, Lei 7.347/1985 – 15 anos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PAZZAGLINI Filho, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

“CAIXA DOIS” ELEITORAL: A SUBVERSÃO DOS “VALORES” ELEITORAIS

Simone Valadão Costa e TRESSA¹

RESUMO

O “caixa dois” eleitoral é crime e, nos últimos anos, foi objeto de discursos que tentaram banalizá-lo por meio de distorções interpretativas, segundo as quais “caixa dois não é crime”. O artigo aponta que referida conduta criminosa viola diretamente o princípio democrático e o enfrentamento teórico do assunto é medida que se impõe para evitar a impunidade. A Justiça Eleitoral e os aplicadores do Direito, comprometidos com o fortalecimento da democracia, são uníssomos na defesa da aplicação do tipo penal do artigo 350 do Código Eleitoral, falsidade ideológica eleitoral, para a punição da mencionada conduta criminosa. Várias ações de enfrentamento foram adotadas e há projetos de lei que procuram incrementar esses mecanismos, inclusive com a proposição que cria o tipo penal específico para criminalização do “caixa dois”. Tem-se que uma lei específica que insira o crime no ordenamento jurídico brasileiro é muito bem-vinda. Contudo, enquanto a lei não for promulgada, é inadmissível a defesa da impunidade sob o argumento de inexistência de tipo penal que fundamente a punição por tal conduta perniciososa. O método utilizado foi o dedutivo, segundo o qual, a partir de teorias, legislação e previsões gerais do ordenamento jurídico foi buscada a confirmação da hipótese inicialmente levantada. A conclusão a que se chega passa pela adoção de novas medidas que contemplem todas as formas possíveis de enfrentamento do “caixa dois” nas eleições brasileiras, apresentando sugestões de viabilização dessas medidas.

PALAVRAS-CHAVE: “caixa dois” eleitoral; democracia; direito penal eleitoral.

ABSTRACT

The electoral "slush fund" is a crime and in recent years has been the subject of speeches that tried to trivialize it through interpretive distortions, according to which "slush fund is not a crime". The article indicates that said criminal conduct directly violates the democratic principle and the theoretical confrontation of the subject is a measure that is imposed to avoid impunity. The Electoral Court and the enforcers of the law, committed to strengthening democracy, are united in defending the application of the criminal type of article 350 of the Electoral Code, electoral fraudulent ideological, for the punishment of said criminal conduct. Several coping actions have been adopted and there are bills that seek to increase these mechanisms, including the proposition that creates the specific criminal type for criminalization of the "slush fund". It is a fact that a specific law that inserts the crime in the Brazilian legal system is very welcome. However, as long as the law is not promulgated, it is inadmissible to defend impunity on the grounds of non-existence of a criminal type that grounds the punishment for such pernicious conduct. The method used was the deductive, according to which, from theories, legislation and general forecasts of the legal order, the confirmation of the hypothesis initially raised was sought. The conclusion reached is the adoption of new measures that contemplate all possible forms of confrontation of the "slush fund"

1 Graduada em Direito pela Faculdades Integradas Vianna Junior, Juiz de Fora/MG (VIANNA JUNIOR), Licenciada em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF) e Licenciada em Música pela Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES). Pós-graduada em Direito Público pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pesquisadora estudante no Grupo de Pesquisa Jurídico-científica INTERVEPES (Intervenção do Estado na Vida das Pessoas), na Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. É Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo. É professora do Curso de Direito da Faculdade EDUVALE de Avaré/SP, nas disciplinas Interpretação e Produção de Textos, Técnicas de Argumentação Jurídica, Teoria Geral do Estado, Direito Internacional e Prática Tributária.

in the Brazilian elections, presenting suggestions of feasibility of these measures.

KEYWORDS: electoral “slush fund”; democracy; election criminal law.

INTRODUÇÃO

No Brasil, a pesquisa científica voltada ao direito eleitoral é incipiente e desperta o interesse de poucos estudiosos. Talvez, pelo fato de os pleitos eleitorais, que ocorrem a cada dois anos, serem as motivações mais importantes para a pesquisa nesse ramo do direito.

E nesse ramo, especificidades como o direito processual eleitoral e o direito penal eleitoral padecem da mesma precariedade. Portanto, assuntos específicos eleitorais ficam à mercê de opiniões e especulações de toda sorte, até que a pesquisa seja consumada.

Na seara do enfrentamento aos crimes eleitorais no início do século XXI, ganhou destaque o chamado crime de "caixa dois" eleitoral, evidenciado a partir de grandes operações policiais e judiciais no combate à corrupção política no Brasil, que tiveram como marcos mais evidentes o "escândalo do mensalão", deflagrado a partir do ano 2005, e a “operação Lava Jato”, a partir de 2014.

Desde então, muito se discute sobre a tipificação do crime de "caixa dois" no Brasil, haja vista a resistência política de enquadramento dessa conduta nos tipos penais eleitorais existentes e a crescente exigência, da opinião pública, de criação de lei que tipifique especialmente esse ilícito.

O contexto jurídico e político atual incentivou diversos debates sobre o assunto, ocasionando, inclusive a apresentação de projetos de lei com previsão expressa desse tipo penal.

A hipótese levantada no presente no trabalho é que a pouca visibilidade e o pouco estudo do direito eleitoral no Brasil, bem como o enfraquecimento das instituições democráticas conduzem a discussões capazes de defender a impunidade de crimes eleitorais, o que deve ser combatido mediante a pesquisa científica e fortalecimento das instituições mencionadas, sendo necessário, no caso do crime de “caixa dois”, o enfrentamento teórico do assunto para evitar a impunidade.

Há que se ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro possui tipificação penal suficiente para a punição desse crime, sendo, inclusive, esta a prática adotada pela Justiça Eleitoral quando submetido o "caixa dois" a julgamento judicial. Há previsão do crime de falsidade ideológica eleitoral, no artigo 350 do Código Eleitoral, que não se confunde com a punição de caráter eleitoral como a cassação do diploma, a perda do mandato e a inelegibilidade.

O “caixa dois” é uma realidade no cenário eleitoral brasileiro, sendo inúmeros os casos de financiamento de campanha eleitoral com recursos não declarados à Justiça Eleitoral e que, muitas vezes, não chegam a ser apurados pelo aparato de polícia judiciária, pelo Ministério Público ou pelo

Poder Judiciário, os quais não possuem fiscalização ativa para detecção do ilícito.

Além de influenciar negativamente o resultado das eleições, desvirtuando a decisão expressa pelo povo nas urnas e infringindo os princípios da moralidade e lisura do pleito, a conduta do “caixa dois” importa na expectativa ilícita do doador dos recursos financeiros na obtenção de “favores” em troca da ajuda financeira.

Esse mecanismo foi um dos fatores que determinou as atividades investigadas na famosa “operação Lava Jato” e que revelou esquemas envolvendo muitas pessoas e empresas, bem como vultosas quantias em dinheiro em um mecanismo de “toma-lá-dá-cá”, isto é, o financiamento indevido de campanhas era retribuído por indevidos contratos com empresas que se beneficiaram de dinheiro público.

O presente artigo foi desenvolvido sob o método dedutivo, segundo o qual, a partir de pesquisa bibliográfica, foram levantadas teorias, legislação e previsões gerais do ordenamento jurídico para buscar a confirmação das hipóteses inicialmente levantadas.

O trabalho está dividido em quatro partes. A primeira aborda o “caixa dois” eleitoral como violação direta ao princípio democrático. A segunda traz uma análise dos abusos de poder político e econômico nas eleições como mecanismos facilitadores da prática do “caixa dois”. A terceira analisa a existência de tipificação penal vigente que abrange o “caixa dois”, bem como mecanismos de julgamento da conduta criminosa em tela. E, por fim, estudam-se as novas perspectivas sobre “caixa dois” eleitoral: projetos de leis para criação do tipo penal específico e o julgamento de crimes comuns conexos aos eleitorais pela Justiça Eleitoral.

A conclusão a que se chega passa pela adoção de novas medidas que contemplem todas as formas possíveis de enfrentamento do “caixa dois” nas eleições brasileiras, apresentando sugestões de viabilização dessas medidas.

1 A DEMOCRACIA COMO BEM JURÍDICO PROTEGIDO NA TIPIIFICAÇÃO DO CRIME DE "CAIXA DOIS" ELEITORAL

A criminalidade que viola os princípios da lisura e normalidade do pleito eleitoral deve ser encarada como afronta direta ao regime de governo democrático, haja vista que a burla a tais princípios importa, necessariamente, macular o processo eleitoral e descumprir o princípio fundamental da soberania popular².

Há que se ter em mente que os crimes praticados contra o processo eleitoral não

2 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

representam prejuízo unicamente ao candidato ou partido políticos adversários, mas importam, muito além desses efeitos, a manipulação da vontade popular e a má influência sobre o resultado do pleito, gerando distorções no mecanismo democrático consubstanciado nas eleições.

José Jairo Gomes ensina que, dentre os princípios de Direito Eleitoral, estão os princípios da legitimidade, da moralidade, da probidade e igualdade ou isonomia (GOMES, 2016, p. 70-73).

A legitimidade, moralidade e probidade nas eleições estão previstas na Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 14, §9^o³, e têm o objetivo de garantir um mínimo de lisura ao processo eleitoral.

A legitimidade refere-se ao que é correto e justo para a consecução dos fins eleitorais e não se limita à legitimidade do pleito, pois desta decorre a legitimidade dos governantes eleitos. Portanto, a legitimidade no processo eleitoral é a correta execução dos atos necessários à propaganda, campanha eleitoral e todos os demais atos tendentes à declaração dos eleitos e, como consequência, o processo legítimo será um dos fatores a conferir legitimidade aos mandatos políticos dele decorrentes.

Hodiernamente, dúvida não há de que a legitimidade do exercício do poder estatal por parte de autoridades públicas decorre da escolha levada a cabo pelo povo. Em uma sociedade verdadeiramente democrática, os governados é que elegem seus governantes, reconhecendo-os como autoridades investidas de poder político. Essa escolha deve ser feita em processo pautado por uma disputa limpa, isenta de vícios, corrupção ou fraude. A escolha é sempre fruto do consenso popular, que, de certa maneira, homologa os nomes dos candidatos, consentindo que exerçam o poder político-estatal e, pois, submetendo-se a seu exercício (GOMES, 2016, p. 70).

A moralidade remete aos ideais de justiça e bem comum, afastando toda a ação que possa causar prejuízo a terceiros e à sociedade. Inclui valores como ética, honestidade, respeito ao adversário, dentre outros.

A probidade relaciona-se com os conceitos de legitimidade e moralidade na medida que a conduta proba observa os valores morais e legítimos estabelecidos para o processo eleitoral e para a disputa público pelo cargo eletivo.

Esses princípios visam garantir o atendimento da vontade popular, manifestada nas urnas e que não deve sofrer influências indevidas ou interferências maliciosas sob pena de violação do fundamento básico da democracia.

Deve-se considerar que a democracia é e sempre será um processo em construção, cabendo a todos os interessados em dela participar, seja como cidadão ou como representante do povo, zelar pela transparência do processo eleitoral, pois ele é um dos mecanismos que coopera para que a

3 Constituição Federal, art. 14, § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

engrenagem do Estado Democrático funcione a contento.

A garantia da lisura, legitimidade, moralidade e probidade do pleito colaboram para o fortalecimento da democracia, tendo-se em mente que esta não se resume ao processo eleitoral, mas sendo este uma de suas manifestações mais importantes.

[...] é possível considerar a democracia como direito fundamental de um povo específico, como um aspecto interno do direito a autodeterminação, em vista que nos sistemas democráticos, a vontade do povo é o elemento central da autoridade do poder público, e tem inegável caráter de fundamentalidade. A questão da fundamentalidade da democracia nos sistemas de direito contemporâneos vai além da participação popular por meio de eleições livres e do preenchimento dos cargos de gerenciamento superior do Estado, ou ainda da deliberação pública (ALVES, 2012, P. 115)

Uma das condutas criminosas recorrentes no processo eleitoral brasileiro é o “caixa dois” que consiste na ocultação ou falsa escrituração contábil de receitas financeiras ou estimadas em dinheiro utilizadas nas campanhas eleitorais, as quais foram obtidas de origem indevida ou ultrapassam os valores ou as regras de doação de receitas para as campanhas eleitorais.

Trata-se de atividade que compromete o resultado eleitoral, pois permite que candidatos ou partidos políticos obtenham vantagens indevidas, desequilibrando a disputa e tornando os resultados não condizentes com a realidade da vontade popular.

[...] consideramos que para a realização de projetos contemporâneos de democracia é mister que haja uma reserva clara de poder do povo. Se todo ele é alienado nas dinâmicas dos processos de representação, ou se o povo/multidão/bando dele é alijado pelas perversas dinâmicas de exploração do capitalismo, a aporia da democracia desnatura-se em devaneios metafísicos mais abstratos que o reino dos céus ou o Estado comunista (ALVES, 2012, p. 306)

A democracia requer o empenho da coletividade para que o poder político seja exercido de forma sólida, sem as desconfianças de um sistema corrompido pela corrupção e pela criminalidade. O enfrentamento dos crimes que comprometem o resultado das eleições é medida que se impõe.

O “caixa dois” é crime e a impunidade deve se tornar uma lembrança de um passado não tão distante, mas que merece ser superado em favor do fortalecimento da democracia.

2 OS ABUSOS DE PODER POLÍTICO E ECONÔMICO NAS ELEIÇÕES COMO MECANISMOS FACILITADORES DA PRÁTICA DO “CAIXA DOIS”

As campanhas eleitorais da atualidade utilizam alto investimento financeiro e influência política sobre o eleitorado, mecanismos estes provenientes dos costumes sedimentados na cultura eleitoral brasileira.

Nos moldes atuais, a realidade impõe que candidatos e partidos busquem ativamente a captação de recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro para o financiamento de suas campanhas eleitorais, bem como utilizem ao máximo a influência política sobre os eleitores, sob

pena de se verem relegados à lista de não eleitos.

Ações agressivas voltadas à busca pelo investimento financeiro e influência políticas ilegais levam os candidatos a praticarem diversos abusos, configurando abusos de poder, aqueles que manipulam indevidamente o jogo de forças para alcançar os resultados almejados.

Os abusos de poder estão intimamente relacionados à conduta do “caixa dois”, o qual, muitas vezes, é um desdobramento da atividade abusiva, especialmente nos casos de abuso do poder econômico.

Dois institutos de abuso de poder, o político e o econômico, se tornam destaques e devem ser identificados para que sejam combatidos, evitando-se o risco de eleições fraudulentas, não correspondentes à decisão política tomada pelo povo, fonte originária do poder e soberania do Estado Democrático.

O abuso de poder é o uso indevido feito pelo agente, candidato, detentor de cargo público ou terceiros, de valor econômico ou influência política, com o fim de modificar o resultado do pleito. Segundo José Jairo Gomes:

No Direito Eleitoral, por abuso de poder compreende-se o mau uso de direito, situação ou posição jurídicas com vistas a se exercer indevida e ilegítima influência em dada eleição. Para caracterizá-lo, fundamental é a presença de uma conduta em desconformidade com o Direito (que não se limita à lei), podendo ou não haver desnaturamento dos institutos jurídicos envolvidos. No mais das vezes, há a realização de ações ilícitas ou anormais, denotando mau uso de uma situação ou posição jurídicas ou mau uso de bens e recursos detidos pelo agente ou beneficiário ou a eles disponibilizados, isso sempre com o objetivo de se influir indevidamente em determinado pleito eleitoral (GOMES, 2016, p. 311).

Uma das espécies de abuso de poder eleitoral é o abuso do poder econômico que compreende o uso indevido de recursos financeiros para financiar campanhas, buscando obter vantagem nos resultados eleitorais:

[...] a expressão abuso de poder econômico deve ser compreendida como a concretização de ações que denotem mau uso de situações jurídicas ou direitos e, pois, de recursos patrimoniais detidos, controlados ou disponibilizados ao agente. Essas ações não são razoáveis nem normais à vista do contexto em que ocorrem, revelando a existência de exorbitância, desbordamento ou excesso no exercício dos respectivos direitos e no emprego de recursos.

É necessário que a conduta abusiva tenha em vista processo eleitoral futuro ou em curso. Normalmente, ocorre durante o período de campanha, embora também possa ocorrer antes de seu início. Ausente esse liame, não há como caracterizar o abuso, já que o patrimônio, em regra, é disponível (GOMES, 2016, p. 312).

Como exemplo desse uso indevido dos recursos financeiros ou estimáveis em dinheiro para influenciar o resultado eleitoral tem-se o desvio de recursos públicos, uso de receitas além do teto estipulado para gastos, de acordo com o cargo pretendido, dentre outras condutas.

Um dos casos decididos pelo Tribunal Superior Eleitoral julgou o desvio de dinheiro público por Prefeito e Vice-Prefeito, como trecho que segue.

Os pacientes, Prefeito e Vice-Prefeito de Pirangi/SP, foram denunciados por desviar

recursos públicos da área de educação, no total de R\$ 4.741,00, simulando ou superfaturando notas fiscais de serviços de empresa de autopeças contratada pela Prefeitura, com objetivo de financiar sua campanha à reeleição mediante "caixa dois" (arts. 350 do Código Eleitoral e 1, 1, do DL 201/67) (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2016).

Já o abuso do poder político refere-se ao uso indevido da máquina administrativa a serviço de campanhas eleitorais, visando manipular o resultado do pleito. O desvirtuamento do uso de bens e serviços públicos em favor de candidatos ou partidos políticos compromete as atividades estatais e desequilibra o pleito, violando o princípio da paridade de armas na disputa eleitoral (GOMES, 2016, p. 315).

Exemplo de abuso do poder político julgado pelo Tribunal Superior Eleitoral refere-se ao uso de página institucional da Prefeitura, placas de obras públicas e distribuição de informativos para promoção pessoal de candidato:

O Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais manteve a multa aplicada ao recorrente Lúcio Sebastião dos Santos e decretou sua inelegibilidade, por entender que ele permitiu e determinou a publicação de propaganda institucional no Facebook da Prefeitura do Município de Lajinha/MG durante o período vedado, bem como que foi responsável pela distribuição de 5.000 informativos a toda a comunidade de Lajinha/MG, com material de promoção pessoal, e pela manutenção de 2 placas de obras públicas, com logotipo da administração municipal, conjunto de circunstâncias que lastreou o juízo de gravidade das condutas, conclusão insuscetível de revisão em sede extraordinária (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2019).

O abuso de poder político pode ocorrer concomitante ao abuso do poder econômico, sendo este último um dos meios que conduz à prática de “caixa dois”, pois o abuso não será declarado à Justiça Eleitoral.

O “caixa dois” compreende irregularidades no âmbito da prestação de contas, compreendendo dinheiro gasto em campanha, mas ocultado ou declarado falsamente à Justiça Eleitoral. Pode ocorrer de forma conexa aos crimes de organização criminosa e crimes do colarinho branco, concretizados por meio de lavagem de dinheiro, por exemplo.

Fala-se, ainda, em "caixa três", quando o agente financia a campanha eleitoral do candidato, partido ou coligação pagando suas despesas eleitorais, consistentes nos gastos com gasolina, materiais impressos, dentre outros, o que também é ilegal se não obedecidas as regras para doação por pessoa física e se os gastos não forem declarados à Justiça Eleitoral.

Há, na atualidade, a possibilidade de organizações criminosas transnacionais atuarem para interferir em resultados eleitorais de vários países, como no caso de empresas que promovem o *marketing* digital, o impulsionamento indevido de conteúdos e especialmente de *fake news*.

Um exemplo emblemático do abuso do poder econômico e político a partir da prática do crime de lavagem de dinheiro e prática de “caixa dois” para influenciar resultados eleitorais é a Ação Penal que julgou Anthony Garotinho e outros réus por falsidade ideológica para fins eleitorais

(art. 350 do Código Eleitoral), extorsão (art. 158, § 1º, do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98).

O Tribunal Superior Eleitoral, ao julgar Habeas Corpus relativo à Ação Penal mencionada, assim se manifestou (ementa):

Os pacientes e outros dois réus foram denunciados por esquema na Prefeitura de Campos dos Goytacazes/RJ, nos mandatos de Rosinha Garotinho de 2009 a 2016, ao condicionarem a liberação de verbas devidas a empresas locais – por obras e serviços prestados – a contribuições nas Eleições 2010 (Anthony; Deputado Federal), 2012 (Rosinha; reeleição), 2014 (Governo do Estado) e 2016 (Francisco Arthur, aliado do clã Garotinho, para Prefeito), omitindo-se os valores das contas de campanha. A denúncia fundou-se nos delitos de falsidade ideológica para fins eleitorais (art. 350 do Código Eleitoral), extorsão (art. 158, § 1º, do CP), corrupção passiva (art. 317 do CP) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/98) (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2018, p. 01).

E no voto do ministro Alexandre de Moraes, no mesmo caso, ficou assim registrado:

Da mesma forma que há norma no Código de Processo Penal, que prevê que os crimes mais graves atraem a competência, há normas que dispõem que a competência é da Justiça Especializada quando o principal é dessa Justiça, caracterizando conflito de normas. Mas esse caso trata da investigação de uma verdadeira organização criminosa, montada em Campos dos Goytacazes, com inúmeros crimes, como extorsão, corrupção passiva, lavagem de dinheiro e ainda mostra que parte da lavagem de dinheiro teria sido feita por Caixa 2. O complexo de fatos nesse caso é exatamente o que foi discutido na ação penal do Mensalão: se isso caracterizaria ou não Caixa 2. Mas, independentemente da conclusão lá tomada e aqui proposta, o que ocorreu é que em uma delação surgiram indícios e indicações de que havia, durante todo o mandato, uma organização envolvendo os ex-governadores Garotinho e Rosinha em diversos crimes, inclusive com gravidade imputada, tais como crime de extorsão, ameaças com arma, corrupção passiva, e parte desse dinheiro poderia ter sido para lavagem de dinheiro, Caixa 2 (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, 2018, p. 32).

A preocupação com a influência do poder econômico no resultado das eleições fundamentou diversas medidas legais e jurisprudências visando afastar condutas nocivas do processo eleitoral.

As medidas legais, com base em projetos de leis serão analisadas em tópico adiante.

A mais importante medida jurisprudencial foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal ao proibir a doação de pessoas jurídicas em favor de campanhas eleitorais. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4650/DF, considerou inconstitucional a doação de pessoas jurídicas para campanhas eleitorais, haja vista constituírem tais doações a possibilidade de um desequilíbrio na paridade de armas nos pleitos eleitorais, configurando verdadeiro abuso do poder econômico.

Tal medida trouxe a tentativa de moralização das eleições, permitindo que o financiamento privado das campanhas eleitorais restrinja-se a doações por pessoas físicas, apoiadores do candidato ou partido, ou recursos próprios dos candidatos.

Logo, atualmente, a doação feita por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais não será admitida e, havendo tal doação, ocultada da prestação de contas eleitoral, estará configurado o “caixa dois”.

3 O "CAIXA DOIS" ELEITORAL: (IN)EXISTÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO PENAL E JULGAMENTO

O “caixa dois” eleitoral ocasiona prejuízo direto ao resultado das eleições. É o crime de ocultação ou falsa escrituração contábil de receitas financeiras, ou estimadas em dinheiro, utilizadas nas campanhas eleitorais. Esse mecanismo é recorrente nas eleições brasileiras e é oriundo de doações realizadas de forma indevida em benefício de campanhas eleitorais e que, por serem ilícitas, na origem dos recursos e/ou no montante doado, deixam de ser declaradas nas prestações de contas apresentadas pelos partidos e candidatos à Justiça Eleitoral.

O crime de “caixa dois” angariou excessivo destaque durante a operação Lava Jato, quando o então ministro-chefe da Secretaria de Governo, Geddel Vieira Lima, disse que “caixa dois não é crime” (CAGNI, 2016, s.p.).

Referida afirmação impulsionou a defesa da tese pela impunidade da conduta criminosa em tela, conduzindo à reclamação pela tipificação do crime de “caixa dois” de forma especial na legislação brasileira, sob pena de impossibilidade de punição de qualquer sujeito ativo que o pratique.

Embora a pressão política seja no sentido da impunidade, a Justiça Eleitoral vem processando e punindo a conduta do “caixa dois”, praticado no âmbito das prestações de contas eleitorais, no tipo penal eleitoral do artigo 350 do Código Eleitoral, falsidade ideológica eleitoral⁴.

E o enquadramento do “caixa dois” como crime de falsidade ideológica é entendimento pacífico na jurisprudência, haja vista que compreende a declaração falsa apresentada à Justiça Eleitoral a título de prestação de contas, ocultando receitas e despesas efetuadas na campanha eleitoral ou declarando-as falsamente. O crime, nesse caso, prevê pena de reclusão de até 5 (cinco) anos e multa, em caso de documento público, como é o caso em prestação de contas eleitorais⁵

A Justiça Eleitoral ao receber, analisar e julgar as prestações de contas eleitorais nem sempre tem acesso a dados que permitam o conhecimento imediato de receitas financeiras não declaradas pelos autores desse tipo penal.

A Justiça Especializada fiscaliza as contas eleitorais a partir de dados apresentados pelos

4 Código Eleitoral brasileiro: art. 350: omitir, em documento público ou particular, declaração que dêle devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais: Pena - reclusão até cinco anos e pagamento de 5 a 15 dias-multa, se o documento é público, e reclusão até três anos e pagamento de 3 a 10 dias-multa se o documento é particular. Parágrafo único. Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo ou se a falsificação ou alteração é de assentamentos de registro civil, a pena é agravada.

5 "A omissão de recursos em ajuste contábil de campanha pode vir a caracterizar o crime do art. 350 do Código Eleitoral a depender das circunstâncias do caso e de sua interferência na autenticidade ou fé pública eleitoral. Precedentes desta Corte Superior e do c. Supremo Tribunal Federal". (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental no Recurso, 2018, p. 02)

próprios partidos e candidatos prestadores das contas, de dados disponibilizados pelas instituições de fiscalização tributária (nota fiscal eletrônica e dados da Receita Federal) ou bancária (extratos bancários eletrônicos), de impugnações apresentadas pelo Ministério Público (de forma espontânea ou provocada pelo cidadão) e/ou candidatos e partidos políticos adversários.

Como os valores são ocultados da prestação de contas levadas à fiscalização pelo Poder Judiciário, muitas vezes o conhecimento da prática ilícita fica na dependência da confrontação com dados fornecidos pelas pessoas e instituições mencionadas⁶.

Atualmente, o intercâmbio de informações entre os órgãos de fiscalização tributária e a Justiça Eleitoral propiciou o incremento dos mecanismos de apuração do “caixa dois” eleitoral. Nesses casos, há, por exemplo, a identificação de Notas Fiscais com valores maiores do que aqueles declarados pelo partido ou candidato em sua prestação de contas⁷ e ao final do julgamento das contas, ocorre a remessa de informações ao Ministério Público para que sejam adotadas as providências cabíveis à investigação e processo criminais.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de previsão legal para a punição da ocultação ou falsa escrituração contábil de receitas e de financiamento de campanha eleitoral não contabilizados perante a Justiça Eleitoral.

No julgamento da Ação Penal nº 470/MG, realizado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, a Ministra Cármen Lúcia censurou veementemente a tese da defesa do réu Delúbio Soares, segundo a qual referido acusado não teria praticado o crime de corrupção ativa, mas sim operado um “caixa dois” de campanha, voltado ao pagamento de despesas e dívidas partidárias.

“Alguém afirmar que houve ilícito com a tranquilidade que se fez aqui é, realmente, algo

6 A apuração de caixa dois em diversas oportunidades foi possível graças à representação de candidatos e/ou partidos que se julgam prejudicados no pleito eleitoral, formulando requerimento à Justiça Eleitoral e demonstrando por meio de testemunhas (ou outras provas), como no caso a seguir colacionado, a ocorrência do crime eleitoral. "O valor informado para pagamento à empresa de marketing - nota fiscal de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais) - não encontra correspondência na prestação de contas (cheques e extratos bancários). Depoimentos uníssonos comprovam que o gasto com a publicidade girou em torno de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Existência de provas contundentes aptas a demonstrar a prática de caixa dois na campanha. [...] 'A caracterização da prática cognominada de 'caixa dois' interdita de per si a incidência dos postulados fundamentais da proporcionalidade e da razoabilidade como parâmetro normativo para aferir a relevância jurídica do ilícito, em processos de captação ou gasto ilícito de recursos em campanhas eleitorais (art. 30-A da Lei das Eleições), porquanto presente a fraude escritural consistente na omissão de valores gastos, com o propósito de mascarar a realidade, restando inviabilizada a fiscalização dos fluxos monetários pelos órgãos de controle" (AgR-REspe nº 235-54/RN, Rel. Min. Luiz Fux, DJede 15.10.2015)" (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental no Agravo, 2018, p. 02-03).

7 "Segundo consta, o denunciado omitiu da Prestação de Contas apresentada à Justiça Eleitoral despesa referente a serviços de impressão de bandeiras utilizadas na campanha de 2016, no valor de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais), e fez constar o valor de R\$ 750,00 em seu lugar. [...] Dos documentos que instruem a denúncia, quais sejam i) a nota fiscal emitida pela Secretaria da Fazenda da Prefeitura de Sorocaba, referente à compra de bandeiras com cabo, no valor de R\$ 2.700,00 (fls. 08); e ii) as informações contidas na Prestação de Contas apresentada, em que o valor de R\$ 750,00 Consta como destinado ao pagamento da supramencionada despesa (fls. 17/18v°), extrai-se a existência de justa causa para a persecução penal" (BRASIL, Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, 2017, p. 02-03).

inédito na minha vida profissional”, frisou. Segundo a ministra, o ilícito não é algo normal e não pode ser alegado tranquilamente. “Isso, para mim, significou que os fatos ocorreram, que a própria defesa assume isso e tenta dar uma nova capitulação”.

A ministra Cármen Lúcia ainda destacou ser “muito grave que alguém diga com toda a tranquilidade que houve caixa 2”. “Ora, caixa 2 é crime e é uma agressão à sociedade brasileira e dizer isso da tribuna do Supremo ou perante qualquer juiz me parece grave porque parece que ilícito no Brasil pode ser praticado e confessado e tudo bem. E não é tudo bem. Tudo bem é estar num país, num estado de direito em que todos cumprem a lei”, completou (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2012, s.p.)

Tem-se que a prática do chamado “caixa dois” é relegada a segundo plano, como crime sem graves consequências, fato que contribui para sua reiteração nas eleições, sem que os criminosos acreditem na punição pela má influência no processo eleitoral.

Há que se ter em mente que é próprio do discurso da impunidade utilizar todo e qualquer argumento que possa enfraquecer ou afastar a aplicação da lei penal. Em se tratando de um ramo do direito, carente de maiores aprofundamentos teóricos no Brasil, como o é o Direito Penal Eleitoral, afirmações como “caixa dois não é crime” ganham relevância e devem ser combatidas com o estudo científico do tema.

A previsão legal específica do crime de “caixa dois” será bem-vinda para aplacar as suposições de ausência de tipificação legal. Contudo, o que não se admite é a defesa da impunidade, antes da vigência da lei específica, sob o argumento da ausência de tipo penal que contemple o crime de “caixa dois” quando o ordenamento já possui o artigo 350 do Código Eleitoral, falsidade ideológica eleitoral, que, inclusive, vem sendo aplicado pela Justiça Eleitoral.

4 NOVAS PERSPECTIVAS SOBRE “CAIXA DOIS” ELEITORAL: PROJETOS DE LEIS PARA CRIAÇÃO DO TIPO PENAL ESPECÍFICO E O JULGAMENTO DE CRIMES COMUNS CONEXOS AOS ELEITORAIS PELA JUSTIÇA ELEITORAL

Os debates recentes sobre o crime de “caixa dois” eleitoral conduziram a pelo menos duas medidas de grande relevância para o cenário político-eleitoral brasileiro: os projetos de leis que propõem um tipo penal específico de criminalização do “caixa dois” eleitoral e a reafirmação da competência da Justiça Eleitoral para julgamento de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.

Quanto aos projetos de lei mencionados, um deles teve início com as “dez medidas contra a corrupção” propostas pelo Ministério Público Federal, o qual inseriu a criminalização do “caixa dois” eleitoral dentre as propostas efetivas de mecanismos de combate à corrupção. A proposta, de iniciativa popular, apoiada por dois milhões de cidadãos, foi apresentada à Câmara dos Deputados em 29/03/2016, tendo sido formalizada como Projeto de Lei nº 4850/2016.

Atualmente, o projeto está em tramitação no Senado Federal (PLC 27/2017) e busca, além da previsão de medidas legislativas de combate à corrupção, ferramentas de publicidade dessas

medidas e conscientização da população.

Referido projeto de medidas contra a corrupção prevê a tipificação do crime eleitoral de caixa dois, a criminalização do eleitor pela venda do voto, a obrigação de mecanismos de auditoria nos partidos políticos, o aumento das penas para crimes como estelionato, peculato, corrupção passiva e corrupção ativa e a transparência dos processos (BRASIL, Câmara, 2016).

Além disso, encontra-se em tramitação no Senado Federal, o Projeto de Lei nº 1.865/2019, que visa a alteração do Código Eleitoral para criminalizar o uso de “caixa dois” em eleições. A proposta sugere a inserção do artigo 350-A no diploma eleitoral, tipificando as condutas de “arrecadar, receber, manter, movimentar ou utilizar qualquer recursos, valor, bens ou serviços estimáveis em dinheiro, paralelamente à contabilidade exigida pela legislação eleitoral”.

A tipificação penal proposta prevê, ainda, pena de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos, se o fato não constituir crime mais grave (BRASIL, Senado Federal, p. 02).

A justificativa da proposição registra que referido projeto de Lei é parte constitutiva do pacote de proposições apresentado pelo Poder Executivo para combater a criminalidade, que ficou conhecido como “Pacote Anticrime”.

Há, ainda, a justificativa do Poder Executivo, cuja mensagem descreve que

O foco é, especificamente, o combate à corrupção e a efetividade do sistema de combate aos financiamentos paralelos à contabilidade exigida pela lei eleitoral. [...]

O chamado caixa dois foi definido pelo Ministro Luiz Fux como a “prática de manutenção ou movimentação de recursos financeiros não escriturados ou falsamente escriturados na contabilidade de pessoas jurídicas as mais diversas, como associações, fundações, sociedades comerciais e partidos políticos (AP 470/STF, 22/4/2013).

Inexistindo previsão legal definindo como crime tal conduta, justifica-se a introdução de aditamento ao art. 350 do Código Eleitoral, através da introdução do artigo 350-A, com previsão de criminalização do caixa dois.

O controle das doações aos candidatos às eleições é premissa básica de lisura e igualdade de eleições em nosso país, nos três níveis de governo. O tipo penal ora proposto, é um aditivo necessário para os casos de gravidade menor. Com efeito, explicitamente faz-se previsão excludente (se o fato não constitui crime mais grave), com o objetivo de permitir que, se houver contrapartida, configura-se somente a corrupção e não caixa dois. Esta identificação de condutas revela-se mais adequada do ponto de vista da persecução e repressão (BRASIL, Senado Federal, 2019, p. 03).

Ainda, como decorrência do grande destaque dado ao crime de “caixa dois” eleitoral nos últimos anos, ressalte-se a recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reafirmou a competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. Nesse caso, crimes como o “caixa dois” acarretarão o julgamento pela Justiça Eleitoral de crimes comuns como organização criminosa e colarinho branco, concretizados por meio de lavagem de dinheiro (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2019, s.p.).

O caso que ensejou a decisão pela Corte Suprema refere-se a suposta prática conexa de crimes de corrupção passiva, corrupção ativa, lavagem de capitais, evasão de divisas e falsidade ideológica eleitoral, apurados no Inquérito (INQ) 4435 do STF.

Destaque-se que a maioria do Plenário entendeu pela aplicação dos artigos 109, inciso I⁸, e 121⁹ da Constituição Federal de 1988 da forma como sempre foram interpretados nas Constituições anteriores, ou seja, reservando-se à Justiça Eleitoral o julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos¹⁰.

A decisão da Corte Constitucional levantou sérias discussões a respeito do afrouxamento no enfrentamento da corrupção no Brasil, haja vista que, segundo algumas opiniões, a Justiça Eleitoral não dispõe de aparato suficiente para o julgamento adequado dos crimes comuns conexos aos eleitorais, além de não ser vocacionada para julgamentos criminais.

Talvez, a discussão sirva para que haja maior investimento na Justiça Eleitoral, a fim de que adquira a estrutura necessária ao julgamento de todos os processos judiciais de sua competência, não apenas em relação aos crimes comuns, mas a todos os processos. Isso porque se trata de uma Justiça Especializada que atuou (e atua) como garante da democracia brasileira.

Ademais, qualquer crítica quanto aos conteúdos dos julgamentos proferidos pela Justiça Eleitoral não merece prosperar, especialmente sob o argumento de que não seja uma Justiça vocacionada para julgamentos criminais, haja vista que os crimes eleitorais, em razão de sua própria natureza, são julgados pela Justiça Especializada, que conta com o apoio dos juízes da Justiça Comum em todas as instâncias e com servidores ocupantes de cargos judiciários, habilitados para o processamento de feitos judiciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crime eleitoral praticado por meio de “caixa dois” tem a característica de violar não apenas direitos do candidato adversário ou de partido político. Referido crime impõe sério prejuízo à democracia, pois é capaz de manipular resultados eleitorais, alterando a vontade do povo, origem da soberania popular.

8 Constituição de 1988, art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

9 Constituição de 1988, art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.

10 O Código Eleitoral de 1965 foi recepcionado pela Constituição de 1988 como Lei Complementar nas matérias relativas à competência dos tribunais, juízes e juntas eleitorais. Assim, prevê em seu artigo 35, inciso II: compete aos juízes processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais. E no artigo 364: no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução, que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

O “caixa dois” eleitoral é uma realidade há muito praticada nas eleições brasileiras e que deve ser enfrentado como crime, aplicando-se aos infratores as penalidades criminais previstas no ordenamento jurídico. Não basta a aplicação das penalidades de caráter puramente eleitoral como cassação do diploma, perda do mandato e inelegibilidade, sendo necessário maior rigor no combate à violação direta do princípio democrático, utilizando-se, por isso, a *ultima ratio*, protegendo-se o bem jurídico por meio da lei penal.

O discurso que prega a impunidade criminal em relação ao “caixa dois” eleitoral deve ser afastado, pois o ordenamento jurídico dispõe do artigo 350 do Código Eleitoral, prevendo a falsidade ideológica eleitoral como mecanismo apto à punição dessa conduta criminosa.

A criação de um tipo penal específico, mediante lei, será muito bem-vinda, mas até que se concretize a promulgação da lei, não se pode deixar impune essa prática maléfica à moralidade eleitoral, sob pena de enfraquecimento da democracia.

Além dessa medida de criação de tipo penal específico, e de outras já adotadas, como a proibição de doação por pessoas jurídicas a campanhas eleitorais, há que se defender outras medidas para o enfrentamento dessa prática perniciososa que, certamente não será extinta, mas deve ser combatida em várias frentes.

Uma sugestão que se apresenta é a criação de um departamento especializado junto à polícia judiciária, visando a investigação de crimes eleitorais. Tal departamento seria de grande importância, inclusive para a intimidação dos criminosos eleitorais.

Outra sugestão refere-se à inclusão, em uma eventual reforma política, do mecanismo de listas fechadas para o preenchimento de vagas no sistema proporcional, haja vista que o sistema de listas abertas encoraja o candidato a buscar votos para si e, por isso, acaba incrementando mecanismos ilícitos de financiamento de campanhas. No sistema eleitoral proporcional de listas abertas, as vagas de cada partido são preenchidas na ordem pelos candidatos mais votados e o eleitor confia seu voto diretamente ao candidato. Na lista fechada, o partido apresenta previamente a lista, com a ordem de preferência dos candidatos, preenchendo as vagas conquistadas segundo essa ordem.

Finalmente, o fortalecimento das instituições democráticas, como a Justiça Eleitoral, e o aprimoramento dos mecanismos de fiscalização das eleições são medidas que se impõem, pois as eleições representam um forte mecanismo de exercício da democracia, o qual deve ser protegido das condutas criminosas que manipulam resultados eleitorais.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. **A construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da**

democracia como direito fundamental. (Tese de Doutorado) Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário de Bauru - ITE, Bauru, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4850/2016.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1448689&filename=PL+4850/2016>. Acesso em: 29 mar. 2019.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 1.865/2019.** Disponível em:

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7935081&ts=1559855317020&disposition=inline>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais.** Notícia de 14 mar. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ministra Cármen Lúcia julga AP 470 procedente quanto a oito réus por corrupção ativa, 2012.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=220588&tip=UN>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo. **Ação Penal nº 5-46.2017.6.26.0017.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro. **Registro de Candidatura 0601111-06.2018.6.29.0000.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 07 jun. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 402-67.2016.6.13.0158, julgado em 25 abr. 2019.** Disponível em:

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 jul. 2019

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 775-15.2016.6.13.0121, julgado em 27 set. 2018.** Disponível em:

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral nº 97-02.2016.6.26.0000, julgado em 13 nov. 2018.** Disponível em:

<http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 jul. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Habeas Corpus 0604348-13.2017.6.00.0000.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 09 jun. 2019.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Habeas Corpus 214-60.2015.6.00.0000, julgado em 02 ago. 2016.** Disponível em: <http://www.tse.jus.br/jurisprudencia/decisoes/jurisprudencia>. Acesso em: 15 jul. 2019.

CAGNI, Patrícia. **Prática de caixa dois já é criminalizada, mas tipificação em lei é necessária, dizem juristas.** Publicado em 21 set. 2016. Disponível em:

<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/pratica-de-caixa-dois-e-criminalizada-mas->

tipificacao-de-lei-e-necessaria/. Acesso em 15 jul. 2019.

GOMES, José Jairo. **Crimes e processo penal eleitorais**. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEVI, Michael. The Organization of Serious Crimes for Gain. In: **The Oxford Handbook of Criminology (paperback)**. Mike Maguire; Rod Morgan; Robert Reiner (orgs.). 5. ed. USA: Oxford USA Professio, 2012.

VERAS, Ryanna Pala. **Nova criminologia e os crimes do colarinho branco**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

“CASAMENTO INFANTIL” E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: REFLEXÕES NECESSÁRIAS

Fabiani Daniel BERTIN¹
Carla BERTONCINI²

RESUMO

Propor uma reflexão sobre a (in) existência dos casamentos infantis em âmbito brasileiro é a finalidade deste trabalho. Para tanto - por meio da aplicação da metodologia dedutiva, utilizando de recursos variados como buscas em literatura jurídica, bem como na própria legislação interna e externa, dentre outros materiais como artigos de cunho científico e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – investigando se, de fato, no Brasil tais uniões ocorrem ou se são derivações alarmantes de pesquisas localizadas em outras regiões do mundo. Isso tudo porque, diante de tais acontecimentos, é de suma relevância que medidas sejam tomadas posto que direitos fundamentais são violados, ferindo a dignidade dos envolvidos, o que vai de encontro à promessa de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de Família - Casamento Infantil – Direitos Fundamentais - Intervenção do Estado.

ABSTRACT

Proposing a reflection on the (in) existence of child marriages in Brazil is the purpose of this work. To do so - through the application of the deductive methodology, using various resources such as legal literature searches, as well as internal and external legislation, among other materials such as scientific articles and jurisprudence of the Federal Supreme Court - investigating whether, in fact, in Brazil such unions occur or are alarming derivations of research located in other regions of the world. This is all because, in the face of such events, it is of the utmost importance that measures be taken since fundamental rights are violated, harming the dignity of those involved, which is in keeping with the promise of a Democratic Rule of Law.

KEYWORDS: Family Law - Child Marriage - Fundamental Rights - State intervention.

-
- 1 Advogada e Membro da Comissão de Direito Sistemático na OAB-PR, Subseção de Santo Antônio da Platina, onde atua na área cível. Mestranda em Ciência Jurídica (linha de pesquisa Estado e Responsabilidade) pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- Campus de Jacarezinho (2018-2019). Pós Graduanda em Docência do Ensino Superior, pela Faculdade São Braz, Campus de Curitiba-PR. Especialista em Direito Previdenciário e do Trabalho (2019) pela UNOPAR- Campus de Santo Antônio da Platina, PR. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp (2019). Especialista em Gestão Pública (2015) pela Faculdade São Braz - Curitiba. Bacharela em Direito (2016) e Licenciada em História (2011), ambos os cursos pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus de Jacarezinho. Integrou o Grupo de Pesquisa "Memória e Ensino de História" (2010) da UENP, durante a graduação de História, do qual originou o Trabalho de Conclusão de Curso da referida graduação. Atualmente é associada ao CONPEDI, e integra o Grupo de Pesquisa: "Intervenção do Estado na Vida das Pessoas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, onde realiza pesquisa sobre violência doméstica, casamento infantil, direito de família, entre outras áreas afins. Possui interesse em áreas correlatas à Responsabilidade do Estado, inclusive no que tange aos seguintes eixos temáticos: Direitos Humanos; Direito Constitucional; Direito Civil - Direito de Família; Direito Penal; Direito Administrativo; Direito das Minorias e áreas diretamente relacionadas aos interesses da Criança e do Adolescente, bem como aos temas relacionados ao Ensino Jurídico Brasileiro.
 - 2 Advogada, Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (1992), Mestre em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE (2001) e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (subárea de concentração Direito Civil) - PUC (2011). Atualmente é professora adjunta do curso de Pós-graduação stricto sensu (Mestrado/Doutorado) e do curso de graduação da Faculdade de Direito do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, Campus de Jacarezinho e professora de Direito Civil (Direito de Família e Sucessões) da UNI/FIO.

INTRODUÇÃO

Que o tema casamento infantil é, por demasia, pesado, ninguém há de negar. Isso, especialmente, em razão dos protagonistas que compõem esse cenário. Uma nova família se constitui e uma gama de direitos inerentes tanto à criança quanto ao adolescente são violados.

Entretanto, ainda que visto com olhares de desconfiança, tais fatos aparentam muito distantes da realidade brasileira! Ledo engano! Ao que consta, comprovado através do empenho de diversas ONG's, o que outrora era enfatizado como um problema externo, fora dos campos fronteiriços do Brasil, tem ganho destaque frente ao contexto mundial, pondo o país em preocupante situação de evidência. Daí a relevância em trazer tal temática ao longo deste trabalho.

Para tanto, eis que foi escolhido o método dedutivo, pautado pela literatura correspondente, bem como pela busca por respostas advindas da legislação interna e externa, assim como em reflexões construídas por pesquisadores do Direito, a fim de melhor compreender se tais situações, de fato, acontecem no Brasil e, em caso positivo, a forma como aqui se incorporam.

Assim, num primeiro momento, será proposta uma análise, ainda que breve, quanto ao instituto do casamento, a partir do Código Civil de 2002. Passo importante para compreender como se deu a transição de valores entre o Código de 1916 e o atual, tratando, além disso, do enfoque destinado à mulher.

Por conseguinte, já diretamente abordando a proposta do artigo, levanta o questionamento sobre a (in) existência dos casamentos infantis no Brasil, tendo o cuidado de, ao se referir ao país, utilizar o termo entre aspas, considerando a impossibilidade jurídica de que tais uniões se deem em terras brasileiras sob o aval do Direito, o que não afasta a incidência das ditas uniões de fato, ou informais, para se refletir se o problema acontece por aqui ou deriva apenas de fatos isolados.

Por fim, frente às conclusões obtidas na parte anterior, traz dois princípios basilares à família e à criança e ao adolescente - a intervenção mínima do Estado na família e a proteção integral - como instrumentos de equilíbrio a serem utilizados no trato da problemática a fim de que, conjugados, possam assegurar a melhor efetivação da defesa da criança e do adolescente, no que tange aos direitos fundamentais a eles destinados, fazendo com que seus direitos não se tornem apenas letra morta da lei.

1. O DIREITO DE FAMÍLIA NO BRASIL A PARTIR DO CÓDIGO CÍVIL DE 2002: NOVAS PERSPECTIVAS

Recebendo a família proteção e amparo constitucional, não restam dúvidas quanto à sua

relevância diante da perspectiva do Estado, o que é plena e expressamente vislumbrada entre os artigos 226 e 230 do Texto Maior.

Assim, sob essa tutela estatal, direcionada a garantir o máximo de proteção à entidade familiar, eis que o legislador, ainda sobre a égide do Código Civil de 1916, entendeu por bem resguardar direitos que, a seu ver, são indissociáveis a tal instituição.

De forma genérica, traçou caminhos relacionados à proteção de seus membros, art.226, §8º, com suas peculiaridades, restando claro que a preocupação com o todo é inquestionável, mas que cada membro, em sua singularidade, carece, também, de amparo e atenção direcionados tanto quanto seja necessário.

Nesse contexto, um dos institutos tratados foi o casamento que, apesar da nova roupagem e abertura trazidas pela Constituição de 1988, ainda era regido pela legislação civilista de 1916, um tanto quanto com passos lentos frente ao que a sociedade da época vivenciava, especialmente sobre determinados pontos referentes ao casamento, repercutindo em vários pontos no direito de família. Contudo, vale a ressalva do cuidado e atenção a fim de, ao analisar tais apontamentos, não caia em discursos anacrônicos, descontextualizados.

Desse modo, pretende-se trazer, aqui, ainda que em alguns pontos e de forma breve, certas alterações advindas do Novo Código Civil em relação ao casamento. Antes disso, há de se atentar a certos pontos trazidos quanto aos aspectos jurídicos da família, já no Texto Constitucional, como apontado por Dias (2010, p. 02):

Três eixos nortearam uma grande reviravolta nos aspectos jurídicos da família. Ainda que o princípio da igualdade já viesse consagrado desde a Constituição Federal de 1937, além da igualdade de todos perante a lei (art. 5º), pela primeira vez foi enfatizada a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações (inc. I do art. 5º). De forma até repetitiva é afirmado que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (§ 5º do art. 226). Mas a Constituição foi além. Já no preâmbulo assegura o direito à igualdade e estabelece como objetivo fundamental do Estado promover o bem de todos, sem preconceito de sexo (inc. IV do art. 2º).

Dessa forma, frente à necessidade de adequação de variados temas, em 2002 entra em vigor o Novo Código Civil, com a promessa de uma legislação mais moderna, atual, com releituras à luz do Texto de 1988, repercutindo em diversas áreas do direito, não sendo diferente em relação tanto ao casamento ou, conseqüentemente, na família. Tanto que, no decorrer dos anos, a própria Constituição recebeu emendas no sentido de melhor tratar de tal instituição, como o caso da EC. 66, de 2010, em que dispôs quanto à possibilidade de que a dissolução do casamento aconteça pelo divórcio; ou ainda o reconhecimento da união estável como entidade familiar, devendo sua conversão em casamento ser facilitada, art.226, §3º, como trazido por Dias (2010, p.02).

Dentro dessas releituras, não há como deixar de mencionar a votação de maio de 2011, pelo STF, onde a ADI nº 4.227 e da APDF nº 132 equipararam a união homoafetiva à estável, sendo

esse, indiscutivelmente, um grande marco no que tange à efetivação da isonomia e da dignidade da pessoa humana, bases do ordenamento jurídico pátrio vigente.

Como visto, a nova proposta civilista chega com força e notoriedade, mergulhada em promessas direcionadas a garantir à sociedade que o discurso de igualdade, de acesso a direitos, não se restrinja a apenas permanecer na letra fria da lei, sendo isso exteriorizado no livro de Direito de Família, sendo um dos locais mais visíveis de tais alterações, especialmente quando se refere ao tratamento isonômico dedicado tanto a homem quanto a mulher.

Tanto que, em relação a isso, logo no início, o legislador tratou de deixar expresso, no primeiro livro, onde trata das pessoas, que “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”, sendo que no Código revogado, ao disciplinar o mesmo assunto, usava a palavra “homem”, como se nota do art. 2º: “Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.”. Quanto a isso, explica Miranda (2011, p. 15):

O Código Civil de 2002 em sua ortografia deixa de colocar a mulher como uma "sombra" do homem, ou seja, quando se falava a palavra "homem", para se referir a todas as pessoas humanas, as mulheres tinham que se incluir na masculinidade que esta palavra determina. Antigamente, o "homem" estava colocado como o representante da população brasileira, não necessitando, com isto, que a "mulher" fosse citada diretamente. O atual Código Civil erradicou qualquer forma de discriminação em seus preceitos adotando a palavra "pessoa" em substituição da antigamente utilizada, "homem", que tentava, mas não conseguia se referir à todos os seres humanos.

Tal mudança se deve ao fato de já intentar o reforço na relação de igualdade trazida pela Constituição de 1988 e que seria melhor vislumbrada ao longo das disposições do Código de 2002 quando se refere à mulher - numa tentativa de romper o discurso patriarcal herdado da sociedade conservadora, tão reforçado pelo Código de 1916, bem como por outras leis, inclusive no que tange às suas relações conjugais e familiares, com repercussões diretas quanto aos mesmos direitos e deveres sobre aos filhos, por exemplo.

Com o código de 2002, a mulher conquista voz e vez, deixando para traz a definição de incapacidade relativa a ela atribuída, passando a ter de forma expressa os mesmos direitos do cônjuge, o que não se via, de forma alguma, na lei anterior. No código de 1916, sua limitação era tamanha que, ao se casar, necessitava de autorização do marido até mesmo para exercer uma profissão, (art.242, VII) atribuição considerada como um dos deveres do marido (art. 233, IV). Sobre esse domínio exercido tanto pelo pai quanto pelo marido, Grangeão (2015, *online*) explica:

É bem verdade que o importante era se pronunciar a respeito da mulher casada, visto que esta passava, pode-se dizer assim, para a propriedade do marido, levando consigo o seu nome e seus frutos. Nesse contexto, tinha-se os direitos e os deveres da mulher casada, ou seja, a atuação da mulher era limitada, da mesma forma, tinha-se direitos e deveres do marido, com a ressalva de que esse não era relativamente incapaz.

Ela também conquista o direito de exercer a representação legal da unidade familiar que,

outrora, era exercício destinado tão somente ao homem (233, I), e que se revela de suma importância, especialmente, quando se compreende as diversas modalidades de família atualmente existentes, sendo muitas delas compostas pela mulher e seus filhos.

Além disso, substitui-se, também, o termo “pátrio poder” pelo “poder familiar”, em razão do amplo olhar isonômico destinado aos pais, como apontado por Gama (2015, *online*):

Nosso Código Civil, vigente desde 2003, alterou a nomenclatura do instituto, que antes se denominava pátrio poder, em uma remissão evidente de que o poder de tutela dos filhos, assim como a liderança da família, era papel exclusivamente exercido pelo pai. Após o advento da Constituição Federal de 1988, a qual estabeleceu igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, vedando qualquer tipo de discriminação ou privilégio, essa formação paternalista da família não fazia mais sentido. Também a própria evolução de nossa sociedade tomou conta de alterar esta estrutura familiar, mais condizente com os hábitos do início do século passado.

Ainda, passa a dedicar aos filhos, oriundos ou não do casamento, o reconhecimento e tratamento igual perante a lei, um grande passo frente às desigualdades e preconceitos por eles encontradas. Quanto aos direitos dos filhos e suas repercussões jurídicas, explica Dias (2010, p. 01):

A condição matrimonial dos pais levava a uma cruel divisão entre os filhos. Era alijada de qualquer direito a prole concebida fora do casamento. Nominados de naturais, adulterinos, incestuosos, todos eram rotulados como filhos ilegítimos, sem direito de buscar sua identidade. Não podiam ser reconhecidos enquanto o pai fosse casado. Só o desquite ou morte permitia a demanda investigatória de paternidade. Os filhos eram punidos pela postura do pai que saía premiado, pois não assumia qualquer responsabilidade pelo fruto de sua aventura extramatrimonial. Quem era onerada era a mãe que acabava tendo que sustentar sozinha o filho, pagando o preço pela “desonra” de ter um filho “bastardo”.

Além disso, o Código de 2002 traz a possibilidade de que a mulher adote o sobrenome do marido ou permaneça com o seu – se assim o quiser - e que ele, também, desfrute do mesmo direito em relação ao sobrenome da esposa, tema tratado no de 1916 como uma obrigação destinada à esposa a fim de adotar o sobrenome marital, como ressaltado por Dias (2010, p.01).

Outro ponto, e não menos importante, é o referente ao regime de bens que, anteriormente, era considerado como imutável, e que, a partir de 2002 passa a contar com a possibilidade de alteração, conforme disposto no art. 1639, §2º, do novo Código.

Um outro aspecto interessante a ser trazido é o referente ao dote, instituto extinto pelo Código de 2002, considerado como um outro avanço em relação aos direitos da mulher que não era mais vista como meio de enriquecimento familiar, o que se concretizava com a entrega do dote, como salientado por Ferreira e Abrantes (2013, p.1):

O dote foi um costume praticado por milênios no Ocidente, sendo uma herança de origem portuguesa em virtude do processo de colonização. Tradicionalmente se constituía a partir dos bens materiais que a noiva levava para a vida conjugal, permeando a vida familiar e sendo o meio necessário para se efetuar o pacto matrimonial. Como meio viabilizador dos casamentos entre as famílias de posse, ele era o grande responsável pelos acordos e estratégias familiares envolvendo interesses políticos e econômicos.

Também há a questão do divórcio que se flexibiliza e oferece à mulher mais liberdade

quanto a manifesta intenção de romper com o vínculo conjugal, favorecendo o exercício de suas escolhas, proporcionando mais autonomia em relação a tal decisão, sendo um ponto muito positivo quanto ao almejado empoderamento feminino em tempos tão conturbados.

Como se percebe, em uma leitura atenta do Código de 2002, o legislador disciplina os mesmos direitos e deveres tanto a homem como à mulher, e relê, através de uma nova perspectiva, o instituto do casamento, com alterações significativas que, na prática, passam a ir além de uma mera relação contratual, inclusive com a possibilidade de ser desfeito o enlace através do divórcio, que não mais ocorre em limitados casos, dando maior liberdade aos nubentes e garantias de exercício da tão almejada e debatida igualdade e, conseqüentemente, dignidade. Quanto a essa última, intrínseca a todo e qualquer ser humano, enfatizada por Haberle (2005, p. 150), como a base do Estado, assume ainda mais preponderância em um contexto promissor de efetivações rumo a novas perspectivas oriundas da nova Constituição.

A dignidade humana constitui a “base” do Estado constitucional como *tipo*, expressando as suas premissas antropológico-culturais. Os Poderes Constituintes, “de mãos dadas” com a jurisprudência e ciência e, mediante uma atuação também criativa, desenvolveram e construíram estes fundamentos. Acompanhar e seguir as fases do crescimento cultural e, com isso também as dimensões da dignidade humana em permanente processo de evolução, é tarefa de todos: do Poder Constituinte até o cidadão, resultando no direitos do cidadão à democracia.

Como apresentado, ainda que de modo breve, através do apontamento de algumas modificações e novidades, nessa missão nobre de assegurar direitos de forma universal e igualitária, sem considerar se homem ou mulher, tanto Constituição quanto Código Civil trouxeram novos olhares para a sociedade brasileira, tão estigmatizada pela prática - já para época, tão insustentável e deteriorada - do patriarcado, como promessas da concretização de direitos que, ainda hoje, são objeto de luta para saírem da letra fria do papel, dentre eles a própria igualdade, ainda tão carente de efetivação material.

2. “CASAMENTO INFANTIL” NO BRASIL: (IN) EXISTÊNCIA?

Tema meticuloso e, sem dúvidas, causador de certa repulsa quando analisado em suas mais variadas conotações, o casamento infantil tem se destacado - em números, em causas e conseqüências - pelos mais diversificados contextos e temporalidades, ocupando os debates em prol da defesa de direitos humanos, bem como da tutela referente à criança e ao adolescente, à luz das comunidades nacional e internacional, expondo o Brasil à situação de total evidência.

Assunto um tanto quanto complexo se consider questões de cunho cultural, social, econômico, histórico, religioso, dentre tantas outras vertentes utilizadas como argumento de valor, seja em prol ou contrária a essa prática que tem vitimado milhares de indivíduos, em sua maioria

meninas, como se nota da análise trazida pela página da MINIONU (on-line, 2017). Em relação ao tema, esclarece Alcantara (2016, online):

O casamento infantil é uma prática que ocorre em todo mundo, seja por motivos culturais ou sociais; há lugares que crianças são forçadas a contrair matrimônio por costumes de seus ancestrais, leis religiosas, sociedades arcaicas, mas estatisticamente o casamento infantil é uma das consequências da pobreza, aumento populacional, desestrutura das famílias ao redor do mundo. A desestrutura é tanta que há pais que alegam que o casamento é uma forma de proteger as crianças ou aliviar as dificuldades econômicas.

Como se nota, trata-se de um problema de alcance mundial, investigado e discutido seja por Estados ou ainda por ONG's, todos com a mesma finalidade: conscientizar sobre a existência, construindo mecanismos de enfrentamentos capazes de impedir que tal prática passe despercebida e ocultada, ou vista com naturalidade, sob o manto das mais variadas justificativas quando, na verdade, deve ser tratado com a seriedade de um problema que demonstra a violação direta de direitos humanos, bem como de direitos fundamentais, aqueles constitucionalizados pelo ordenamento vigente.

De acordo com dados atualizados da MINIONU (on-line, 2017), os maiores índices são localizados na África Subsaariana, não sendo, porém, de tal continente a exclusividade do assunto, como se nota:

Segundo a UNICEF, o maior índice de crianças que sofrem com o casamento precoce está localizado na África Subsaariana, onde 40% das crianças do sexo feminino se casam antes dos 18 anos. Em seguida, podemos citar a América Latina e o Caribe. De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), cerca de 23% dos casamentos no continente acontecem quando uma das pessoas são menores de idade. Já no norte do continente africano e no Oriente Médio, a ocorrência é de 18%. Por fim, no continente asiático cerca de 5% das crianças são vítimas da prática (UNICEF, 2017). Ademais, de acordo com a ONU (2017) em 2030, o número de mulheres que poderão ter se casado na infância e adolescência pode chegar a 1 bilhão.

Assim, o tema chama a atenção para os números. Segundo o Jornal brasileiro G1-GLOBO, com nota divulgada no final do ano de 2017, o casamento infantil, em esferas mundiais, chegava a atingir cerca de 20 mil meninas por dia. Dados esses, baseados em pesquisa levantada pela UNICEF e ONU, apontando que a estimativa recente não é nada animadora, ao passo em que cerca de 15 milhões de meninas se casam todos os anos antes dos dezoito anos, algumas delas após completar os dez e que, conforme a legislação de cada país, ainda assim, a maioria das uniões se dá de forma ilegal.

E do casamento, que por si só já um ato atentatório à criança, segue uma infinidade de violações a alimentar o círculo vicioso no qual esses indivíduos estão inseridos, não podendo a situação ser encarada sob o viés da normalidade, ao passo em que fere direitos e dignidade de quem tem uma vida pela frente, como ressaltado por Tavares (2017, online).

Essa preocupação com os ditos casamentos vem de longa data, tanto que, já em 1989, a *CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS DA CRIANÇA*, adotada pela Assembleia Geral das Nações

Unidas, chega com a atenção ao assunto. Segundo a UNICEF, trata-se de um documento de maior aceitação em âmbito internacional, sendo nele disposto que casamentos só são permitidos com os dezoito anos completos, o que contraria diversas legislações vigentes, inclusive a brasileira, que estabeleceu os dezesseis anos como idade núbil, preocupação que rompe fronteiras quanto à defesa dos interesses de crianças e adolescente, ao redor do mundo.

Isso porque quando uma criança se casa, variados são os direitos prejudicados, tais como o que se refere à educação, à segurança, à liberdade, à saúde, etc, sendo o mais alarmante deles o referente à perda do direito de ser criança, como ressaltado por Alcantara (2016, online):

A Convenção sobre os Direitos da Criança, conforme dados da Unicef, é o instrumento de direitos humanos mais aceito e mesmo tendo força de norma cogente a referida convenção é violada quase que em sua totalidade quando permite-se que casamentos infantis aconteçam todos os dias. Uma criança ou adolescente que se casa perde o direito de ser livre; de viver em um ambiente sem violência; de ter saúde, educação, enfim perde o direito de ser criança.

E frente a esse cenário, por certo amedrontador, quanto aos rumos de vida de milhares de crianças, eis que o Brasil não passa despercebido, embora, pela lei vigente, tais casamentos sejam inconcebíveis. Em relação a isso, a Constituição Federal nada dispôs. Porém, o tema foi disciplinado pela legislação civil, mais especificamente, entre os art. 1517 e 1520 do Código de 2002, escrito à luz do Texto de 1989. Desse modo, dispõe o legislador sobre a capacidade para o casamento:

Art. 1.517. O homem e a mulher com dezesseis anos podem casar, exigindo-se autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.

Parágrafo único. Se houver divergência entre os pais, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 1.631.

Art. 1.518. Até a celebração do casamento podem os pais ou tutores revogar a autorização. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Art. 1.519. A denegação do consentimento, quando injusta, pode ser suprida pelo juiz.

~~Art. 1.520. Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez.~~

Art. 1.520. Não será permitido, em qualquer caso, o casamento de quem não atingiu a idade núbil, observado o disposto no art. 1.517 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 13.811, de 2019)

Nota-se que, em regra, o casamento é permitido aos que atingem a maioridade civil, ou seja, o sujeito que tem dezoito anos completos. Isso considerando que a idade núbil brasileira é de dezesseis anos. E, por falar em idade núbil, vale uma antecipação sobre o enfoque a ser refletido mais ao final deste trabalho.

Até o início de março de 2019, o Código Civil previa, em seu art. 1.520, como se nota da leitura do dispositivo, que o casamento seria permitido, em caso de imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez. Contudo, tal disposição se apresentava como contraditório a diversos princípios que tutelam os interesses da criança e do adolescente, inclusive o referente à

proteção integral.

Como proposta de adequação de tal realidade, o presidente Jair Bolsonaro sancionou a lei 13. 811/ 2019, pondo fim a tal brecha. Entrando em vigor já na data de sua publicação, a referida lei revoga qualquer possibilidade de ocorrência de casamento a indivíduos que não possuam dezesseis anos completos, ou seja, que não completaram a idade núbil.

Tal mudança na legislação se deve à necessidade de que o Direito se adeque à realidade na qual os indivíduos vivem, e aos anseios sociais de seu tempo. Por certo que a terminologia “casamento infantil”, por vezes, assusta os desavisados ou desatentos ao problema – quando se pensa em Brasil - aparentando ser um fato longínquo dos olhares brasileiros, sendo inconcebível associar sua existência frente ao que dispõe a legislação em vigor.

Desse modo, apesar de o ordenamento jurídico não permitir a realização de um “casamento infantil”, o que frente a tal permissão por si só seria um grande retrocesso, sabe-se que o direito não se consolida tão somente por textos jurídicos, mas, especialmente, pelos rumos que a sociedade trilha, devendo, em razão disso, ser atualizado e ajustado sempre que preciso for.

Assim, o que mais tem preocupado são as constituições familiares existentes na prática, denominadas de uniões consensuais, ou uniões de fato - as quais fazem com que o Brasil lidere o ranking Latino Americano de “casamentos infantis”, bem como ocupe o preocupante quarto lugar, na mesma classificação, em nível mundial – atingindo indivíduos Brasil a dentro, cenário comumente despercebido aos olhos da sociedade, conforme pesquisa apresentada pela Fundação Promundo, em 2015.

Esse alerta apresentado através do relatório denominado “*Ela vai no meu barco*”, levantou diversas e severas questões sobre o problema, e concluiu pela necessidade urgente em se debater sobre o tema, buscando formas de enfrentar esse caos silencioso. E a pesquisa teve o cuidado de não se restringir sobre as formalidades burocráticas do casamento, abrangendo, também, as uniões consensuais, onde o problema se efetiva de forma mais intensa. Conforme a Promundo (2015, p. 10):

A pesquisa analisa tanto uniões formais quanto informais (ou seja, coabitação), já que estes últimos são as formas mais comuns de casamento na infância e adolescência praticadas no Brasil, mas que carregam implicações semelhantes para as meninas e para as comunidades em que vivem em comparação aos casamentos formais.

O documento reforça, ainda, a forma com que o Estado brasileiro tem se comportado e manifestado sobre o tema em âmbito internacional, sendo uma atuação negligente, segundo os pesquisadores, como se o problema não existisse em seu território. Em relação isso, relata Promundo (2015, p. 11):

Apesar de elevados números absolutos e prevalência do casamento na infância e

adolescência no Brasil, o problema não tem sido parte constitutiva das agendas de pesquisa e de formulação de políticas nacionais de proteção dos direitos das meninas e das mulheres, ou na promoção de igualdade de gênero. O Brasil – assim como no restante da América Latina – também esteve ausente de discussões globais e de ações em torno desta prática, que em grande parte se concentra em áreas “hotspot”, tais como na África Subsaariana e no Sul da Ásia. Embora exista um conjunto relevante de pesquisas e debates sobre políticas públicas em torno de assuntos relacionados ao casamento na infância e adolescência no Brasil – tais como gravidez na adolescência, evasão e abandono escolar, exploração sexual na infância e adolescência, trabalho infantil e violência contra mulheres e crianças – nenhum estudo aborda esta prática diretamente ou suas causas e as consequências para as vidas de milhões de meninas e jovens mulheres.

Como verificado, o Brasil ainda mantém uma certa resistência no trato direto do assunto, apesar de serem, frequentemente, abordados aspectos indiretos – tais como evasão escolar, gravidez na adolescência, doenças sexualmente transmissíveis - que operam como ramificações e extensões do problema, ainda que compreendidos em uma perspectiva isolada.

Além desse documento, trazido pela Fundação Promundo, também outros pesquisadores se dedicam sobre tais reflexões, a exemplo da ONU MULHERES e do Banco Mundial que, em parceria com UNFPA, construíram o relatório “*FECHANDO A BRECHA: MELHORANDO AS LEIS DE PROTEÇÃO À MULHER CONTRA A VIOLÊNCIA*”, apresentado no início de 2017 ao governo brasileiro, estando esse fator associado à violência doméstica, ao passo em que a grande maioria dos casos são protagonizados por meninas.

O documento, encontrado na página eletrônica das Nações Unidas no Brasil (2017, *online*) trata, de forma enfática, sobre a gravidade apresentada servindo de estímulo e embasamento à questão principal deste trabalho: haveria, então, “casamentos infantis” no Brasil?

No Brasil, 3 milhões de jovens de 20 a 24 anos tiveram o matrimônio formalizado antes da maioridade. O número — que é o maior da América Latina e o 4º mais alto do mundo em valores absolutos — representa 36% do total de mulheres dessa faixa etária casadas. No mundo, anualmente, 15 milhões de meninas se casam antes de completar 18 anos.

Pela resposta apresentada pela ONU Brasil, não restam dúvidas de que o “casamento infantil” se faz presente no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não contar com previsão legal, se efetivando pelos caminhos das uniões consensuais – e aqui se compreenda o termo “consensual”, especialmente, pelas famílias que toleram e /ou incentivam esse comportamento precoce.

Constatação inaceitável diante da promessa trazida pela Constituição Federal, que trata da proteção destinada à criança e ao adolescente, em sua integralidade, enfatizando o dever atribuído à família, à sociedade e ao Estado, art. 227, *caput*; quanto a tal efetivação. Bem como na legislação Civil, onde atribui aos pais o dever de proteção da pessoa dos filhos e reforça, com o ECA, a vasta gama de direitos destinado à criança e ao adolescente, sendo vedada e punida quaisquer formas de negligência que dificultem ou impossibilitem o exercício de tais direitos.

3. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA FAMÍLIA X PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: O EQUILÍBRIO EM FAVOR DA EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme apresentado, o Estado brasileiro dedicou, com a chegada do Texto de 1988, à família uma atenção diferenciada, considerando a relevância social e humana por ela apresentada. Em razão disso, ainda, disciplinou que cada membro seria tratado conforme a sua peculiaridade e necessidade, como acontece com a criança, o adolescente e o idoso, por exemplo.

Assim, da leitura da Constituição – isso sem mencionar a legislação esparsa – é possível notar que ao Estado são direcionados deveres de cuidados e atenção destinados a garantir que essa proteção à família venha a se efetivar. Contudo, sem que essa intervenção, através de mecanismos facilitadores, usurpem a liberdade atribuída ao instituto, devendo encontrar um meio termo, um caminho de equilíbrio a fim de que o ente estatal possa cumprir com sua missão e tutelar tais direitos, mas sem que imponha restrições excessivas na efetivação de tal poder/ dever, como salientado por Barbosa (2014, p. 11): “Atualmente, a intervenção estatal sobre as relações familiares se manifesta através de políticas públicas governamentais, decisões judiciais e, principalmente, por meio da promulgação de leis protetivas ou repressivas de comportamentos reputados indevidos pelo Estado.”

Como se nota, a regra é de uma intervenção mínima, devendo atender aos limites da necessidade, com ações positivas, no sentido de proporcionar melhores condições referentes a direitos no que tange aos grupos mais vulneráveis, mas possível de ocorrer, como abordado por De Paula et al. (2011, p. 100):

No entanto, em determinadas situações familiares, o Estado necessita intervir para assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana, principalmente quando existem crianças e adolescentes, vítimas frágeis e vulneráveis da omissão da família, com o objetivo de criar uma estabilidade social e, principalmente, impedir que o menor cresça em um ambiente mal estruturado.

Dessa forma, percebe-se que essa intervenção não deve se dar de modo ilimitado, sob o pretexto de qualquer justificativa descabida e imotivada. Sendo a regra consagrada como a intervenção mínima, ao Estado cabe adentrar em aspectos da vida privada tão somente frente a casos em que os titulares de tais direitos se encontrem em situação de vulnerabilidade, bem como de riscos, que os exponham a fatores capazes de contribuir para a violação de direitos, bem como para concretização da própria dignidade humana, devendo esse limite ser respeitado, como esclarecido por Barbosa (2014, p. 11): “O limite para a intervenção estatal, neste sentido, é a garantia da autonomia privada dos membros da família. Violada a autonomia familiar, estará configurado o excesso do Estado em sua intervenção.”

Nesse mesmo sentido, ainda quanto à intervenção mínima, ressalta De Paula et al. (2011, p. 115):

O Princípio da Intervenção Mínima do Estado no direito de família originou-se do Estado democrático de direito quando deixa de enxergar a família como grupo econômico de produção e passa a admitir o de vínculo de afeto do grupo familiar à luz dos princípios constitucionais. O CCB, em seu artigo 1513, preconiza que é defeso a qualquer pessoa de direito público ou privado interferir na comunhão da vida instituída pela família, cabendo aos pais o controle sobre a família e os filhos devendo agir de forma digna e moral, incumbindo ao Estado de promover o atendimento aos direitos da criança e do adolescente, conjuntamente com a sociedade, controlando a atuação negativa dos pais, cabendo-lhe agir somente não são cumpridas as obrigações que lhe são impostas por lei.

No caso aqui abordado, a questão dos “casamentos infantis” no Brasil, percebe-se estar diante a um problema de séria e urgente conotação que, embora seja assunto relacionado à constituição familiar, carece de atenção por parte do Estado, considerando os riscos a que expõe tanto crianças quanto adolescentes, sendo esse um dos grupos em condição de vulnerabilidade.

Nesse sentido, frente à omissão ou até mesmo a aceitação da família no que tange ao consentimento de tais uniões – que como já explicado, em sua maioria, não se constituem juridicamente, mas de fato – é de fundamental importância um comportamento interventivo por parte do Estado, considerando os sujeitos de direitos envolvidos, ou seja, a criança e o adolescente.

Isso porque mesmo com o princípio disciplinando sobre a intervenção mínima na família há, também, outro que trata da proteção integral, sendo ambos relacionados a direitos fundamentais, os quais não podem ser analisados sobre o viés do caráter absoluto, engessados, sob pena de violar o real sentido da dignidade humana, mas com uma abordagem realizada por meio do método de ponderação e proporcionalidade frente a tais colisões. Sobre isso, esclarece Rodrigues (2006, p. 3457):

Ao analisarmos a própria nomenclatura desse princípio, podemos chegar a uma ideia preliminar de haver uma proporção igualitária, equilíbrio, harmonia. É com esta perspectiva que empregaremos o princípio constitucional da proporcionalidade na busca por uma solução justa frente às colisões entre direitos constitucionais fundamentais, através da limitação de medidas restritivas destes direitos e de um sopesamento correto e harmonioso entre os dois interesses conflitantes perante um caso concreto.

E isso é de notório valor quando diante de um Estado Democrático de Direito, no qual há uma grande incidência de direitos fundamentais, constitucionalizados pelo Texto Maior ou ainda esparsos por legislações infraconstitucionais e Tratados ou Convenções, como possível de acontecer no ordenamento jurídico brasileiro, e que só podem ser melhor mensurados frente a casos concretos, como complementado por Rodrigues (2006, p.3458):

O intérprete, após uma prévia compreensão dos direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos envolvidos no conflito, deve atribuir um peso específico a cada um deles, através de um sistema de ponderação entre os mesmos. O peso atribuído a cada vai depender da intensidade com que estiverem sendo afetados os interesses tutelados por cada um dos direitos. Com isso, pode-se afirmar que estes pesos emprestados só podem ser mensurados mediante um caso concreto.

Assim, percebe-se que, no caso dos casamentos infantis, há a aparente colisão entre dois princípios que aplicados denotam e implicam em direitos fundamentais. De um lado a intervenção do Estado nas famílias, que como já explicado só pode acontecer como exceção, e de outro a proteção integral destinada à criança e ao adolescente, considerando sempre que o intuito de tais princípios/direitos é o de, justamente, manter o equilíbrio de uma sadia utilização de mecanismos que favoreçam e contribuam ao exercício e concretização da dignidade humana.

Desse modo, tendo apresentado alguns aspectos sobre intervenção mínima, há de se trazer certos pontos quanto à proteção integral. Quanto a ele, determina o ECA:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Para se chegar até ele, como todos os avanços enfrentados pelo Direito, foi um longo caminho - rompendo com fatores de outrora e recebendo novas formas e releituras a fim de se compreender a criança e o adolescente como sujeitos de direito – construído com a finalidade de tornar efetivo uma gama de direitos destinados a esse grupo em condição de desenvolvimento e de necessária atenção, seja por parte da família, bem como do Estado, como trazido por Gomes (2009, p.02):

Dentro das políticas sociais encontramos o princípio da proteção integral da criança e do adolescente. Tal princípio se submete a uma norma de um direito a prestações fáticas ou normativas, portanto, assegura à criança e ao adolescente, dentre outros: o direito de igualdade dos filhos perante a lei, o direito à educação, à cultura, a uma família

Para tanto, a partir do Texto Constitucional de 1988 e da entrada em vigor do ECA, tais sujeitos receberam atenção prioritária, como explicado por Silveira (2011, p. 02):

As crianças devem ser tratadas, a partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente com absoluta prioridade. Insta salientar que dentre todos os princípios fundamentais, o princípio da dignidade da pessoa humana é o que guarda uma relação mais íntima com o princípio da prioridade absoluta, por se tratar de um núcleo essencial do direito, exercendo um caráter basilar tanto na fundamentação quanto na orientação da interpretação das normas relacionadas à criança e do adolescente.

Diante disso, de todo esse contexto jurídico no qual tanto crianças quanto adolescente encontram-se inseridos - quer com seus direitos, quer com seus deveres – não restam dúvidas quanto à importância dessa atenção prioritária a eles destinada, pautada na proteção integral como objetivo, especialmente, no que tange à efetivação de direitos, fator que vai de encontro aos “casamentos infantis”, ao passo em que esses são exemplos claros da violação e anulação de tais sujeitos.

E aí resta a dúvida deste trabalho: até que ponto o Estado deve fechar os olhos sobre esse

problema, sob o prisma da intervenção mínima, negligenciando o direito à proteção integral? E, considerando que nenhum direito ou princípio pode se sobrepor a outros, qual saída, então, estabelecer.

Ora, por certo que a questão da vulnerabilidade da criança e do adolescente é um ponto crucial diante de tais casos, ainda mais quando fere direitos fundamentais. E, diante da negligência por parte do ente familiar, que o Estado possa desempenhar seu papel de guardião, tarefa atribuída pela Constituição Federal, sem que isso seja visto negativamente, atuando em defesa da criança e do adolescente expostos à condições de riscos, fortalecendo seu lugar de sujeito de direitos, como assinalado por Paganini e Moro (2011, p. 06): “Ora, sendo a criança e o adolescente sujeitos de sua própria história em processo de desenvolvimento, é de uma importância sem tamanho a efetiva aplicação de tais direitos como modo de fortalecer sua condição de cidadão na sociedade.”

Assim, como não há lei e nem mecanismos jurídicos, atualmente, capazes de conter tais situações dos “casamentos infantis”, no Brasil, considerando que esse termo abrange, especialmente, as uniões de fato, ditas de consensuais, e cientes da situação brasileira com rankings tão alarmantes, não há mais como fugir dos debates e das reflexões necessárias ao problema.

Dessa forma, uma das possíveis saídas o enfrentamento através de políticas públicas preventivas, aliadas a um trato da conscientização popular a respeito do assunto, inclusive com a possibilidade de responsabilização familiar diante de tais situações, ao passo em que o dever de zelo tanto à criança quanto ao adolescente é destinado à família, à sociedade e ao Estado, no que a doutrina denomina de tríplice responsabilidade, como explicado por Paganini e Moro (2011, p. 10)

O princípio da tríplice responsabilidade compartilhada seria a competência distribuída à família, estado e sociedade na efetivação dos direitos de crianças e adolescentes, isto é, essas três instituições não podem, nem devem agir isoladamente, devendo existir uma articulação para proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Por certo que a lei 13.811/ 2019 - sendo ela uma das formas de atuação do Estado, através de seus legisladores - contribui como um ponta pé inicial às discussões, especialmente disciplinando fatos que outrora eram mais flexíveis quanto ao assunto. Entretanto, abrange e focaliza seus esforços nos casamentos propriamente ditos, aqueles reconhecidos como institutos jurídicos pelo Direito, sendo que o problema de maior dimensão são as uniões consensuais – aquelas que fogem aos olhos das leis – as responsáveis, diretas, pelo drástico cenário em âmbito mundial, e que ainda não recebem a devida atenção pelo Direito.

Desse modo, é necessário que esforços sejam feitos a fim de que a referida lei - apesar de recém nascida, bem como toda a demanda de direitos fundamentais a eles atribuídos pela condição anterior de pessoa humana e em razão do fato de serem crianças e adolescentes - não se torne apenas letra morta, considerando o contexto social e cultural no qual está inserida e a perspectiva

para a qual foi criada, sendo esse um caminho complexo a demandar esforços, conscientização, mudanças socioculturais e tempo, pois.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao apresentado - diante da literalidade da lei, bem como de todas as pesquisas diretamente relacionadas ao assunto – é possível afirmar que os casamentos infantis não são problemas exclusivos de cunho internacional, rol do qual o Brasil não está excluído.

Isso porque, como se viu das pesquisas apresentadas, o Brasil lidera o ranking na América Latina como o país de maior incidência de “casamentos infantis” - termo este usado entre aspas em decorrência de que o ordenamento jurídico brasileiro não permite tais uniões – e ainda ocupando o quarto lugar no ranking mundial sobre os mesmos fatos.

Assim, percebe-se que tais ocorrências expressam, de forma direta, uma grande violação de direitos fundamentais destinados tanto à criança quanto ao adolescente quando protagonizam tais uniões, ainda que na informalidade e com denominação diversa das que, internacionalmente, se denominam de casamentos.

Frente a tal contexto, e diante da urgente necessidade de se ter um respaldo estatal, o qual não tem se mostrado muito ativo sobre a aceitação de tal problema, foi proposta uma análise de dois dos principais princípios que podem reger o assunto: a intervenção mínima do Estado e a Proteção Integral, ambos apontados como caminho a ser trilhado em busca de um equilíbrio para a resolução do problema, ao passo em que o ente estatal não pode ser negligente sob o frágil argumento de que não pode intervir quando, na verdade, há outros direitos e princípios, como o caso da proteção integral, orbitando em razão da vulnerabilidade de sujeitos de direitos em situações de risco.

Dessa forma, é fundamental que tanto Estado quanto família - bem como a sociedade de modo geral - movam esforços no sentido de buscar por possíveis alternativas, aliadas à construção de políticas públicas, para lidar com o assunto, o qual já demonstrou ser de seríssima gravidade e urgência, considerados os reflexos que um possível descaso, independentemente de quem origine, possa culminar na vida dessas crianças e adolescentes, a curto, médio e longo prazo, alimentando esse círculo vicioso de esmagamento de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA, Sarah. **O casamento infantil sobre uma visão do direito internacional**. Disponível em < <https://sarahlivia.jusbrasil.com.br/artigos/348506924/o-casamento-infantil-sob-uma-visao-do-direito-internacional> > Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BARBOSA, Pedro Henrique Vianna. **A Constitucionalização do Princípio da Intervenção**

Mínima do Estado nas Relações Familiares. Disponível em < http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2014/trabalhos_12014/PedroHenriqueVBarbosa.pdf> Acesso em 20 de março de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8069 de 13 de julho de 1990.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Código Civil de 1916.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm> Acesso em: 20 de março de 2019.

BRASIL. MINIONU. **O casamento infantil e os direitos humanos.** (2017). Acesso em < <https://minionupucmg.wordpress.com/2017/06/14/o-casamento-infantil-e-os-direitos-humanos/> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Lei 13.811/2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13811.htm> Acesso em: 14 de março de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Fechando a brecha: melhorando as leis de proteção à mulher contra violência.** Disponível em < <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/comissao-de-defesa-dos-direitos-da-mulher-cmulher/arquivos-de-audio-e-video/ap-16-08-fernanda-lobes>> Acesso em: 10 de março de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **E por falar em mudanças... Novo Código Civil: O que muda na vida do cidadão.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/ouvidoria/documentosantigos/dicas/dica5.html>> Acesso em: 14 de março de 2019.

DE PAULA, U.N. CABRAL, H.L.T.B.GUIMARÃES, D.N. **A intervenção do Estado no poder familiar.** Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/8-15-1-sm.pdf>> Acesso em 20 de março de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **A mulher no Código Civil.** Disponível em < [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_726\)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_726)18__a_mulher_no_codigo_civil.pdf)> Acesso em 10 de março de 2019.

FERREIRA, Adriana. ABRANTES, Elizabeth Souza. **O declínio do dote e as novas prendas sociais femininas na sociedade maranhense da segunda metade do século XIX.** Disponível em < http://www.snh2013.anpuh.org/resources/anais/27/1364956503_ARQUIVO_ArtigoAdrianaAnpuh2>

013doc.pdf> Acesso em: 15 de março de 2019.

GAMA, Rafael Nogueira. **Considerações sobre o poder familiar e sua destituição**. Disponível em < https://www.conjur.com.br/2007-set-24/consideracoes_poder_familiar_destituicao> Acesso em: 15 de março de 2019.

GOMES, Fábio Luiz. **Princípio da proteção integral da criança e do adolescente e o princípio da transitoriedade dos abrigos**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/151/148>> Acesso em: 19 de março de 2019.

HABERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da Dignidade: Ensaios da Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2005.

MIRANDA, Maria Bernadete. **Homens e mulheres - a isonomia conquistada**. Disponível em < http://docs.uninove.br/arte/fac/publicacoes/pdfs/bernadete_drt_20111.pdf> Acesso em 13 de março de 2019.

PAGANINI, Juliana. MÔRO, R. DEL. **A utilização dos princípios do direito da criança e do adolescente como mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em < <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/viewFile/534/526>> Acesso em: 18 de março de 2019.

PROMUNDO, Instituto. **“Ela vai no meu barco”**. **Casamento na Infância e Adolescência no Brasil**. Disponível em <http://promundo.org.br/recursos/ela-vai-no-meu-barco-casamento-na-infancia-e-adolescencia-no-brasil/> . Acesso em: 07 de março de 2019.

RODRIGUES, Arthur Martins Ramos. **A colisão entre direitos fundamentais**. Disponível em < http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/arthur_martins_ramos_rodrigu.es.pdf> Acesso em: 14 de março de 2019.

SILVEIRA, Paula Galbiatti. **A doutrina da proteção integral e a violação dos direitos das crianças e adolescentes por meio de maus tratos**. Disponível em < http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20doutrina%2017_11_2011.pdf> Acesso em: 10 de março de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 4227**. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>> Acesso em: 21 de março de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 132**. Disponível em < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>> Disponível em 20 de março de 2019.

TAVARES, Paula. **Casamento não é “coisa de menina”**. Disponível em < <https://nacoesunidas.org/artigo-casamento-nao-e-coisa-de-menina/>> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

UNICEF. **Convenção sobre direitos da criança**. Disponível em <

https://www.unicef.pt/docs/pdf_publicacoes/convencao_direitos_crianca2004.pdf> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

WELLE, Deutsche. **Casamento infantil atinge 20 mil meninas por dia.** *G1- O Globo*. Brasil, 24 de outubro de 2017. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/casamento-infantil-atinge-20-mil-meninas-por-dia.ghtml>> Acesso em 11 de fevereiro de 2018.

CRÍTICA ÀS COORDENADAS ESTABELECIDAS PELO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO DE UM PONTO DE VISTA JURÍDICO-FILOSÓFICO

José Mauro GARBOZA JUNIOR¹
Lucas Bertolucci Barbosa de LIMA²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo lançar algumas luzes sobre o problema da legitimidade do Direito, em uma tentativa de mapear o que se convencionou chamar de “coordenadas estabelecidas” do direito constitucional contemporâneo, indagando-as com o auxílio tanto de certas filosofias como de algumas teorias do direito. Dividido em quatro partes, este trabalho perpassa, por meio de metodologia dedutiva e com uso das referências bibliográficas, três instâncias de investigação, seguidas de uma síntese filosófica que se propõe a desvelar a abertura de um horizonte de alternativas à problemática. Na primeira parte, é exposto, a partir do ponto de vista de Walter Benjamin, o conceito de violência como o inevitável universal do direito constitucional. Na segunda parte, traz-se a singularidade da decisão jurídico-política a partir das reflexões promovidas por Carl Schmitt. Na terceira parte, discorre-se sobre a particularidade da norma fundamental a partir das lições defendidas pelo positivismo normativo de Hans Kelsen. E, por fim, na quarta parte, apresenta-se uma síntese filosófica cujo resultado aponta para lugares possíveis fora das coordenadas já estabelecidas, tomando como ponto de partida uma perspectiva crítica e transformadora. Para tanto, utilizou-se principalmente, como referenciais teóricos, os conceitos de *inominável* e de *resto*, respectivamente dos filósofos Alain Badiou e Giorgio Agamben.

PALAVRAS-CHAVE: Universalidade da Violência. Singularidade da Decisão. Particularidade da Norma.

ABSTRACT

This article aims to shed a light on the problem of the “legitimacy” of Law, in an attempt of mapping what has been conventionally called “established coordinates” of the contemporary constitutional law, inquiring those coordinates with the aid of certain philosophies and theories of law. Divided into four parts, the work approaches, through deductive methodology and with the use of bibliographical references, three instances of investigation followed by a philosophical synthesis which seeks to exhibit the opening of an horizon of alternatives to the issue at stake. In the first part, from Walter Benjamin’s standpoint, the concept of violence as the unavoidable universal of the constitutional law is exposed. In the second part, the singularity of the legal-political decision is brought from Carl Schmitt’s thought. In the third part of the text, the authors focus on the particularity of the fundamental norm from the lessons defended by Hans Kelsen’s normative positivism. And finally, in the fourth part, there is a philosophical synthesis whose result points to possible places outside the coordinates already established, taking as starting point a critical and

-
- 1 Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2016), graduação em Ciências Sociais pela Universidade Metropolitana de Santos (2016), graduação em História pela Universidade Metropolitana de Santos (2017) e mestrado em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2019). Atualmente é coordenador - Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia, membro associado do Instituto Lalangue Psicanálise de Londrina e pesquisador relacionado à linha da Universidade Estadual de Londrina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, bem como na área de Filosofia, com ênfase em Filosofia Francesa, Teoria do Sujeito e História da Dialética.
 - 2 Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (2016). Autor do livro Assinatura de um sujeito qualquer: dispositivo, campo e potência em Giorgio Agamben (2018). Membro do Círculo de Estudos da Ideia e da Ideologia (CEII). E-mail para contato: lucas.bertolucci@gmail.com

transformative outlook. For that, the concepts of *unnamable* and *rest*, respectively from the philosophers Alain Badiou and Giorgio Agamben, were used as theoretical framework.

KEYWORDS: Universality of Violence. Singularity of Decision. Particularity of Norm.

1. INTRODUÇÃO

As discussões oriundas do Direito Constitucional constantemente fazem questão de resgatar os mais antigos problemas da tradição jurídica a fim de dar uma resposta que seja convincente. Aquela relativa aos limites e possibilidades do poder constituinte, a que diz respeito à definição e alcance das Constituições e até mesmo os debates acerca dos mecanismos de conservação e desenvolvimento dos ordenamentos jurídicos são exemplos recorrentemente encontrados na doutrina. O presente artigo tem como objetivo lançar algumas luzes em uma tentativa de mapear o que se convencionou chamar de “coordenadas estabelecidas” pelo direito constitucional contemporâneo a partir de um ponto de vista indagador com o auxílio tanto das filosofias como das teorias do direito.

Dividido em quatro partes, o trabalho recolhe, por meio de metodologia dedutiva e pelo uso das referências bibliográficas, três das indagações presentes entre os autores (Benjamin, Kelsen, Schmitt). A estas perspectivas, segue-se uma síntese, em que se tentou sustentar a abertura de um horizonte de alternativa às temáticas em voga.

Na primeira parte, o foco se concentra na apresenta da violência como o universal do direito constitucional. A partir do texto *Sobre a crítica do poder como violência*, de Walter Benjamin, mostrou-se como os conceitos de “poder” e “violência” são intrincados, e também que existe uma espécie de mistério – que o Direito nomeia de “legitimidade” – que torna possível a passagem da violência para o poder. Este mito do direito legítimo permite a abertura do debate político-filosófico sobre a legitimidade, o que abre a discussão dos capítulos seguintes.

Na segunda parte, o foco se concentra na singularidade da decisão jurídica a partir das reflexões promovidas por Carl Schmitt. Nas obras *Teologia política* e *Teoria da Constituição*, Schmitt traz boa parte de sua construção teórica, fundamentando o Direito na decisão. A técnica retórica de que Schmitt faz uso para resolver o problema da legitimidade é deslocá-la para o soberano, aquele que decide, de modo que o soberano seja também, portanto, o detentor do poder constituinte.

Na terceira parte, o foco se concentra na particularidade da norma fundamental a partir das lições defendidas pelo positivismo normativo de Hans Kelsen. Em *Teoria pura do Direito* e *O que é Justiça?*, Kelsen demonstra pormenorizadamente sua preocupação em mostrar como o Direito é a

partir de uma perspectiva puramente normativa, organizando os conceitos em uma teoria científica. Sua proposta, enfim, e diferentemente de Schmitt, não é a de resolver o problema da legitimidade, mas de, ponto em que se aproxima a Benjamin, mostrar como esse problema não se resolve a partir do Direito, de modo que é necessário, para que uma pura concepção teórica tenha lugar, a emergência de ficções jurídicas, sendo a *norma fundamental* a ficção última que sustenta uma ideia de legitimidade para o Direito.

E por fim, na quarta parte, o foco se concentra em uma síntese cujo resultado aponta para lugares possíveis fora das coordenadas já estabelecidas a partir de um ponto de vista crítico e transformador. Para tanto, utilizou-se principalmente as referências dos filósofos Alain Badiou e Giorgio Agamben. Ambos os filósofos propõem ontologias que, apesar de se diferenciarem em muitos aspectos, têm um ponto em comum. Badiou traz seu conceito de *inominável*, o qual opõe a toda verdade criada, ao passo que Agamben traz o conceito de *resto*, o qual opõe a toda classificação exaustiva. O que se defende ao final é a vizinhança semântica de ambos os conceitos, e a possibilidade de que possam contribuir, a partir de diferentes ferramentas – a *ficção* em Badiou, o *uso* em Agamben – para visualizar a problemática passagem do *ser* ao *Direito*.

A mística em torno da relação entre o jurídico e o não-jurídico apresenta-se, para o Direito, nas tentativas teóricas de se responder a seguinte pergunta: *como algo como uma constituição é possível?* É o espaço lacunar do *não-mais-fora-da-lei* e do *ainda-não-direito* que provoca pensadores tão opostos, como Schmitt e Kelsen, e que engendra o infinito debate sobre a legitimidade. E é a partir desse hiato, germinado por Walter Benjamin, que se desenrolam as formulações que se seguem.

2. A VIOLÊNCIA COMO O UNIVERSAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL (NIETZSCHE-BENJAMIN)

A percepção de que no Direito há uma instância em que se opera indiscriminadamente a violência não é uma novidade. Ao menos a partir do século XIX, nenhuma investigação que se propôs a ser crítica já estava desavisada desse dado fundamental. No parágrafo 11 da segunda dissertação de *Genealogia da Moral*, de 1887, Friedrich Nietzsche exemplifica tal situação em uma espécie de ampliação dos horizontes da crítica ao direito, antecipando muitos anos o debate que seria crucial do século XX – especificamente o debate entre Walter Benjamin, Carl Schmitt e Hans Kelsen.

Buscando manter e fomentar a luta ativa entre os complexos de poder e dominação, Nietzsche procura indagar conjecturalmente uma possível genealogia a partir da consciência de culpa do ponto de vista ambivalente moral e jurídico. Se o Direito, e a Moral, origina-se na culpa, e

se sua obediência é típica do homem reativo, do “mau-consciente”, Nietzsche faz em um longo trecho uma ressalva de como o Direito, entendido como estado de exceção, conserva a estrutura dicotômica justo/injusto, débito/culpa, direito/moral:

Falar de justo e injusto *em si* carece de qualquer sentido; *em si*, ofender, violentar, explorar, destruir não pode naturalmente ser algo “injusto”, na medida em que *essencialmente*, isto é, em suas funções básicas, a vida atua ofendendo, violentando, explorando, destruindo, não podendo sequer ser concebida sem esse caráter. É preciso admitir algo ainda mais grave: que, do mais alto ponto de vista biológico, os estados de direito não podem senão ser *estados de exceção*, enquanto restrições parciais da vontade de vida que visa o poder, a cujos fins gerais se subordinam enquanto meios particulares: a saber, como meio para criar *maiores* unidades de poder. Uma ordem de direito concebida como geral e soberana, não como meio na luta entre complexos de poder, mas como meio *contra* toda luta [...] seria um princípio *hostil à vida*, uma ordem destruidora e desagregadora do homem, um atentado ao futuro do homem, um sinal de cansaço, um caminho sinuoso para o nada. (NIETZSCHE, 1998, p. 64 – 65)

As ácidas proposições do autor, sua singular concepção do direito como estados de exceção que programa e estabiliza os comportamentos em sociedade criando uma instancia da culpa e da divina passível de ser retribuída e penalizada caso haja qualquer violação, partem exclusivamente de uma ideia (implícita) de Constituição positiva, do direito enquanto instituição normativa. Disso resulta que, dessa instituição forçada da lei a diferenciação entre o “permitido” e o “proibido”, entre o “justo” e o “injusto” são parcialmente relativizados enquanto possíveis equivalentes uns com os outros, porém universalizado moralmente do ponto de vista da instituição jurídica. É nesses estados de exceção que a força do direito se impõe como única e legítima força, aquela que pode deixar livremente seus súditos dentro de um espaço de atuação da liberdade bastante determinado, ele toma para si o exercício exclusivo da violência e da destruição, restringindo as vontades que visam poder ao uso do Direito, subordinando a violência a si, e chamando a isto de “justo”.

Não que a imposição de uma ordem seja algo de início negativo, o que se quer evidenciar é que a força imprimida pelo direito é incomensurável em relação às outras forças políticas quando o campo de atuação é o das atitudes humanas em sociedade. A perspectiva nietzschiana tende a entender qualquer instante de heteronomia como diminuição do humano e seu conseqüente adestramento. Assim, se a crítica a esse momento for acompanhada em sua totalidade, não é possível, mesmo que seja irresistível, avaliar os critérios jurídicos em abstrato, sem um plano concreto de relações políticas. No entanto, as relações que se opuserem soberanamente a toda possibilidade de luta devem ser tomadas como destruidoras e desagregadoras (GIACOIA JR., 2012, p. 27-28).

Nesse mosaico de relações políticas está seu *medium*, qual seja, a violência como ponto nodal da produção jurídica e moral da culpabilidade e da punibilidade. A violência, enquadrada nesses termos, expõe a questão-chave do Direito. Daí surge uma série de indagações: como é

possível uma violência se transformar em poder legítimo? Como a violência nomeia os amplos atos da vida carregando-os de significado jurídico? Ou ainda, quem controla essa violência e a programa para seus fins e usos impróprios?

Mesmo de maneira genérica, a legitimidade do Direito é uma constante cujo conteúdo se alterou consideravelmente durante sua história, sendo que as duas principais linhas de pensamento modernas ainda hoje são o jusnaturalismo e o positivismo. Para o primeiro, a violência apareceria como algo natural e inerente às relações, algo que inevitavelmente ocorre, e que sua legitimidade seja efetiva por qualquer meio que aponte para um fim justo; para o segundo, a violência exercida aparece como uma das construções inventadas para o bom funcionamento social, ela é necessária na medida em que seus meios e seus fins se endereçam prioritariamente ao Estado (MASCARO, 2018, p. 320-321). Para o debate constitucional, portanto, haveria apenas duas alternativas: ou se decide em favor da natureza e dos processos de naturalização do social, ou se abandona a perspectiva natural para o resgate da dignidade do social do ponto de vista estatal.

Assumindo a segunda posição em uma postura crítica, Walter Benjamin afirma que todo uso de violência como meio é ilegítimo, a não ser quando é mediado pelo Estado, quando é legitimado juridicamente. Além disso, defende um *reconhecimento histórico universal* de fim para que este seja um fim *de iure*, pois, caso contrário, este será um fim *de nature*. Assumindo o pressuposto de que o Estado necessita de um reconhecimento de todos aqueles que participam dele para ser legítimo, sua autoridade não funciona como um dado natural ou como uma conquista carismática, mas sim como um sutil paradoxo que o legitima legitimando-o, um fato que ocorre ao mesmo tempo, “o Estado é legítimo porque seu reconhecimento é legítimo, e seu reconhecimento legítimo é legitimado pelo Estado”. Os requisitos da mediação pelo Estado e do reconhecimento histórico universal, juntos, não são nada além da tautologia: “(o fim) legítimo é (resultante de um meio) legítimo” (AGAMBEN, 2015, p. 101-108; GIACOIA JR., 2014, p. 262-266).

Segundo Benjamin, essa tautologia é sempre justificada a partir do ponto de vista jurídico, mas encontra seu limite no momento próprio de sua constituição. A legitimação ou criação de um estado de direito necessariamente parte de um não-jurídico da violência ilegítima para o jurídico legitimado. Em suas palavras, trata-se da *violência instituinte* e o *poder instituído*, ou ainda, da continuidade indiferenciadora da força instauradora e conservadora pois “a violência não abdica, mas transforma-se, num sentido rigoroso e imediato, em poder instituinte do Direito, na medida em que estabelece como Direito, em nome do poder político, não um fim livre e independente da violência, mas um fim necessária e intimamente a ela ligado” (BENJAMIN, 2013b, p. 77). Esses dois polos são, em sua integralidade, o mesmo poder transformando-se em uma espiral infinita que, por essa dinâmica própria, tem-se como resultado o mito originário do Direito: as instâncias do

poder político e da justiça e que “[...] nesse sentido, um ato de manifestação direta da violência. A justiça é o princípio de toda instituição divina de fins, o poder político, o princípio de toda instituição mítica de um Direito (BENJAMIN, 2013b, p. 77).

A violência é assim, uma estrutura mítica que permite que tanto o poder político quanto a justiça possam ser apreendidos não como contingência e liberdade, mas sim como destino e inevitável. Esse princípio da instituição mítica do Direito traz consigo paradoxalmente a instituição mítica de um limite contra toda violência. É por essa razão que aparentemente, a instância inaugural violenta deve estar miticamente excluída de qualquer narrativa de poder possível cujo direito protagonista legitimado por ela deve se fazer presente para que a violência se ausente, uma “estranha e desde logo desencorajante experiência da indecidibilidade de princípio de todos os problemas jurídicos” (BENJAMIN, 2013b, p. 75).

Toda decisão sobre o que é Direito, sobre sua legitimidade, se localiza nesse poder do destino que se localiza acima da razão, nesse universal que “domina o hábito tenaz de pensar aqueles fins justos como fins de um Direito possível” (BENJAMIN, 2013b, p. 76). Tal decisão portanto aparece no debate contemporâneo a partir das indagações primordiais sobre o poder constituinte. O poder constituinte, analisado pelos juristas em sua perspectiva dogmática, não seria esse tema cuja violência estaria presente? As investigações sobre a amplitude do poder constituinte, a sua capacidade de romper com o ordenamento jurídico anterior ou a sua capacidade de recepcionar ou não as quantidades normativas anteriores não seria justamente o maior exemplo de que é impossível dar uma resposta definitiva já que está se falando de uma potência mítica e violenta do direito?

O fenômeno originário do poder constituinte, segundo Benjamin, é o inverso do que se costuma defender: para o autor, um poder instituinte cria um poder instituído e a violência e o poder político cumprem um papel fundamental se ausentando da cena para que o jurídico possa aparecer e se consolidar. Em uma passagem bastante misteriosa, diz que “[...] quem decide sobre a legitimidade dos meios e da justeza dos fins nunca é a razão, mas um poder do destino acima dela, acima do qual, por sua vez, está Deus” (BENJAMIN, 2013b, p. 75-76). Tal grau de universalidade só se encontra possível na medida em que a violência se faz mais presente e o direito mais ausente. Trata-se de um laço visualizado pela negatividade, “o estabelecimento de limites – presente da “paz” de todas as guerras da era mítica [...] Aí se mostra à evidência que o poder político tem de ser garantido por todo poder instituinte do Direito [...]” (BENJAMIN, 2013b, p. 77).

Como primeira das coordenadas do direito contemporâneo, a universalidade portanto se identifica com a violência mítica. Chama-se violência universal essa forma de movimento operado pelas forças instaurativa e conservativa em prol do jurídico e de tudo o que dela deriva. Ela consiste

nessa separação entre violência e direito para produzir a legitimidade. Nos capítulos que se seguem serão apresentadas outras duas perspectivas que se aproximam de mais duas coordenadas para o debate atual: a de Carl Schmitt e a de Hans Kelsen. Suas contribuições delimitam o espectro da Teoria Constitucional, e tornam possível uma reconstrução do Direito em conjunto das lições benjaminianas.

3. A DECISÃO COMO INSTANTE SINGULAR DA PRODUÇÃO CONSTITUCIONAL (SCHMITT)

Carl Schmitt foi um dos principais nomes do Direito do século XX, um dos grandes opositores do chamado positivismo jurídico, ou juspositivismo. Autor de uma imensa obra, seu ponto de vista não-positivista toma por base um certo decisionismo: a predominância da subjetividade daquele que diz o Direito sobre o direito positivo, o que o torna o principal rival de Hans Kelsen, pensador do direito positivista do qual é contemporâneo. Essa representação desloca o próprio sentido do direito para outro lugar no qual não há mais espaço para definições normativas ou racionais primeiras, fazendo que o fundamento primeiro do poder jurídico recaia na intuição e no sentimento como fontes da normatividade jurídica. Ainda, como é típico das reflexões de Schmitt, é somente por meio de algo diferente (excessivo ou de outra natureza) que se cria outro algo, ou, resumidamente, é somente pelo não-direito que o direito pode aparecer. A essa mobilização de fundação desse contexto, denomina-se *tomada da terra*. A tomada da terra, portanto, é uma decisão ativa cuja capacidade fundamental é de estabelecer o *topos* dentro do qual métrica, localização e ordenação possam funcionar. . Antes, porém, é necessário que se discorra brevemente acerca da teorização schmittiana.

Naquilo que se convencionou a chamada primeira frase, em *Teologia política*, Schmitt afirma que “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção” (SCHMITT, 2009, p. 13, tradução nossa). Contra as teorias positivistas normativistas do Direito, Schmitt defende uma perspectiva radicalmente contrária. Ele vê a existência de um elemento desconhecido do direito positivo subterrâneo e que orienta os caminhos ordinários: a soberania e a figura do soberano.

Em um duplo movimento, Schmitt quer estabelecer ao menos dois pressupostos para a teoria do direito e, em particular, para o direito constitucional. Para tanto, é preciso reconhecer que aquilo que está fora do direito (e que conseqüente o impõe) só pode se assentar na essência do político que, por sua vez, em um golpe retroativo, esse mesmo político está já, de alguma forma, sob o domínio do jurídico. Se o Direito se cria, ele é criado por algo ainda não posto, por algo que se põe no momento de sua criação (AGAMBEN, 2004, p. 11-23).

O Soberano é, portanto, aquele que se encontra no mais extremo do Direito, no limiar de

seu limite. Tal situação de ambiguidade nunca poderá se resolver dentro dos cânones jurídicos, uma que vez tal tentativa de normalização é já manter o limite entre o dentro e o fora da lei, restando apenas a declaração de uma sensível lacuna ilocalizável nos ordenamentos. A criação do ordenamento depende de uma decisão, ou seja, de uma determinação de quais serão os elementos e as regras do jogo jurídico. E esta decisão precisa ser tomada no mais extremo da esfera da norma, no seu limite, que é, portanto, o que se chama estado de exceção de que fala Schmitt.

Neste específico sentido daquilo que está no limite entre o normativo e o não-normativo, esta é a definição jurídica para “soberania”. E aquele que decide acerca da imersão dessa exceção na malha jurídica é o verdadeiro soberano, que está “fora do ordenamento jurídico normalmente vigente sem deixar de pertencer a ele, posto que tem competência para decidir se a Constituição pode ser suspensa *in toto*” (SCHMITT, 2009, p. 14 tradução nossa). Este lugar ao mesmo tempo dentro e fora da lei, onde se localiza verdadeiramente o soberano, é o estado de exceção. Nesse sentido, não se fala de uma exceção que pode ou não aparecer a depender da aleatoriedade do tempo. A exceção estaria mais próxima de uma perspectiva estável e permanentemente presente em todos os ordenamentos, do que um momento raro aberto por uma situação oportuna, ela não apenas uma “exceção” no sentido jurídico, mas um *estado de coisas*, cuja decisão determina contingentemente a norma jurídica, decide o que é e o que não é direito.

A exceção também pareceria indicar a implementação de uma zona de anomia, o que também não é o caso. A anomia não se dá na exceção, mas, pelo contrário, é a exceção que garante as zonas estáveis do ordenamento e prevê as indeterminações das aparentes anomias. Em uma relação contraintuitiva, se o soberano é aquele que decida no estado de exceção, pode-se dizer que uma tal anomia poderia aparecer apenas em um tempo anterior à tomada jurídica, e em nenhuma outra condição, já que “em toda decisão jurídica concreta há uma margem de indiferença em relação ao conteúdo, porque não se pode deduzir completamente a conclusão jurídica de suas premissas, e porque o fato de que a decisão seja necessária já é, por si só, um fator autônomo determinante” (SCHMITT, 2009, p. 31, tradução nossa).

No entanto, a disposição de certas competências não afasta o problema sobre “quem é competente quando a ordem jurídica não resolve o problema da competência” (SCHMITT, 2009, p. 16, tradução nossa). O problema da soberania conecta-se com aquele da competência, pois, de acordo com a norma, decide aquele que tem competência para tanto, aquele autorizado pelo ordenamento. Não se reduz à discricionariedade permitida pela lei, como, por exemplo, à atuação policial ou a um decreto de estado de emergência, porque essa faculdade deve ser *ilimitada*. “É necessário que a faculdade seja ilimitada em princípio; requer-se a suspensão total da ordem jurídica vigente. Quando isto ocorre, é evidente que, enquanto o Estado subsiste, o direito passa ao

segundo plano” (SCHMITT, 2009, p. 17, tradução nossa). O agir soberano é, portanto, uma faculdade extraordinária, mas não é qualquer faculdade extraordinária:

Como o estado excepcional é sempre coisa distinta da anarquia e do caos, em sentido jurídico sempre subsiste uma ordem, ainda que esta ordem não seja jurídica. A existência do Estado confirma, neste ponto, sua superioridade sobre a validade da norma jurídica. A decisão se libera de todas as travas normativas e se torna absoluta em sentido próprio. Diante de um caso excepcional, o Estado suspende o direito em virtude do direito à própria conservação. Os dois elementos que integram o conceito de ordem jurídica se enfrentam um com o outro, e põem em manifesto sua independência conceitual. Se nos casos normais cabe reduzir ao mínimo o elemento autônomo da decisão, é a norma que, no caso excepcional, se aniquila. Ainda assim, o caso excepcional segue sendo acessível ao conhecimento jurídico, porque ambos os elementos – a norma e a decisão – permanecem dentro do marco do jurídico. (SCHMITT, 2009, p. 17-18, tradução nossa)

Este é o papel da decisão soberana: implantar uma situação normal ao decidir, definitivamente uma dada situação para garantir sua totalidade. Para que uma norma possa ter existência e efetividade, é necessário que sejam preenchidas as condições para a sua aplicabilidade, isto é, nenhuma norma pode ser aplicada a um caos, é necessário que antes se crie uma situação passível de normalização, algo que seja “normalizado” previamente à norma, que exista um meio homogêneo para que a norma tenha lugar (SCHMITT, 2009, p. 18). É esse espaço entre a normalização e a norma, espaço da decisão soberana sob o estado de exceção, que pode ser colocado em oposição com a transformação mítica, proposta por Benjamin, da violência em poder instituinte.

Não se trata de uma apropriação, no sentido de tomar algo para si algo, mas justamente de seu contrario, de decidir que algo possa ser tomado para si, ou seja, de uma *propriação*, a pulverização generalizada tornada contável e oferecida à apropriação dando início a qualquer história do direito possível. Significa a instauração da ordem, porém não de uma ordem qualquer. Em sua percepção, falar apenas com os instrumentos dados pela ordem ainda é superficial; é preciso travar um debate abrangente e mais fundamental: encontrar o *nómos* (SCHMITT, 2008, p. 37-38). Ao passo que o esforço de Benjamin toma o sentido de deslocar a decisão acerca da legitimidade do Direito para um lugar externo cuja perspectiva permita a inscrição da violência como poder que institui um direito (BENJAMIN, 2013b), Schmitt busca manter essa decisão dentro dos limites do Direito, de modo a manter o soberano e o estado de exceção dentro do Direito, e a defender a tese de que toda decisão (ilimitada) é imediatamente jurídica.

É interessante como na mesma época em que se discutia as forças deterministas do espaço relacionando-o diretamente com a vida dos indivíduos (e das nações), um movimento que tomou a Alemanha (e do qual Schmitt teria participado) conhecido como Revolução Conservadora ganhara força. Em defesa de um novo conservadorismo tendo como inimigos declarados tanto o liberalismo quanto o comunismo, essa corrente de pensamento tentava, para resumir, fazer uma revolução

espacial. O que se põe em jogo agora é, para além do conservadorismo e da fundamentação de um espaço vital de dominação de ordem planetária, a concepção de criação mítica a partir de um relato dissociado da História. A maneira como Schmitt inicia o texto de forma alguma corresponde ao ofício tradicional de um historiador. Na verdade, o que ele parece declarar é um mito fundamental assim como começa o livro de Gênesis.

Em *Teoria da Constituição*, Carl Schmitt desenvolve sua teoria da soberania pela ótica do direito constitucional, com a finalidade de mostrar como o Direito se constitui. “Constituição” para Schmitt não é norma, não é um conjunto escrito ou não escrito normativo de disposições (que chama às disposições constitucionais normativas de um dado ordenamento de “leis constitucionais”), “a distinção entre Constituição e lei constitucional só é possível, contudo, porque a essência da Constituição não está contida em uma lei ou em uma norma” (SCHMITT, 1982, p. 47, tradução nossa). e desloca o conceito de “constituição” de seu sentido normativo, para um sentido *decisionista*, “no fundo de toda normatização reside uma *decisão política do titular do poder constituinte*, isto é, do Povo na Democracia e do Monarca na Monarquia autêntica” (SCHMITT, 1982, p. 47, tradução nossa).

A essência da Constituição não está em nenhuma norma, mas naquilo que dá lugar e sustenta toda decisão política. Tal decisão é decisão do *sujeito político*, e este é o titular do poder constituinte (SCHMITT, 1982). A Constituição, enquanto decisão, está muito mais próxima do ato de fundação, do fato de se constituir algo, que do objeto constituído, a carta constitucional. O sujeito político de uma dada Constituição, o sujeito que constitui, consiste em uma unidade política; esta unidade não surge da norma constitucional, pois não é a Constituição normativa ou a lei constitucional que, ao dispor sobre o “povo” detentor do poder, *cria* o povo. A constituição positiva “contém apenas a determinação consciente da forma concreta de conjunto através da qual se pronuncia ou decide a unidade política” (SCHMITT, 1982, p. 46, tradução nossa).

Não se submete a Constituição a qualquer norma, ou a qualquer critério de justiça que transcenda o próprio ato decisório, pois não há nada além do puramente existencial em, seu fundamento. “Uma Constituição não se apoia em uma norma cuja justiça seja fundamento de sua validade. Se apoia em uma decisão política surgida de um *Ser* político, acerca do modo e forma do próprio Ser” (SCHMITT, 1982, p. 94, tradução nossa). É o ser político quem constitui e nenhum critério condiciona o ato constitucional, a decisão é imediatamente política. Este existencial que fundamenta a decisão política surge de um ser político e não implica um fora da lei. O titular do poder constituinte, cuja decisão soberana é imediatamente constituição de um estado de coisas é figura que não deixa de existir, mesmo nos casos de quebra ou substituição da constituição. De acordo com Schmitt, no entanto, a única hipótese em que há uma interferência no poder constituinte

é quando uma constituição é *destruída*, isto é, no momento em que o poder constituinte é transferido para outro detentor (SCHMITT, 1982). Por mais que as diretrizes fundamentais de um determinado Estado se alterem o poder constituinte se mantém inalterado.

Em uma aproximação conclusiva, Schmitt não resolve a querela da legitimidade colocada por Benjamin, colocando em outros termos o mesmo debate. A legitimidade do Direito se baseia na decisão constitucional enquanto decisão do sujeito político detentor do poder constituinte, cuja essência é uma unidade política pressuposta e anterior à Constituição. Mesmo assim, por mais que Schmitt indique que o sujeito político não é criado pela norma (mas anterior a esta), é apenas depois da constituição de um ordenamento existente, que tal sujeito aparece como unidade política detentora do poder constituinte (soberano). É pelo instante singular que Schmitt dá destaque à decisão soberana que a resolução do paradoxo constitucional ainda se mantém irresoluto nas polêmicas constitucionais contemporâneas. É apenas depois de eficazmente constituída que aquela decisão poderá ser chamada de legítima.

4. A NORMA FUNDAMENTAL E SUA PARTICULARIZAÇÃO DETERMINANTE (KELSEN)

Distante das orientações decisionistas de Schmitt está Hans Kelsen. Seu trabalho permanece como um verdadeiro paradigma do juspositivismo. A maioria dos seus escritos foi escrita durante a primeira metade do século XX, sendo a *Teoria Pura do Direito* não só seu livro mais conhecido, mas um dos livros mais importantes para os estudos do direito e da filosofia do direito. Em *O problema da soberania e a teoria do direito internacional* e *Valor e essência da democracia*, Hans Kelsen procurava pensar em um modo de como construir, em meio a tantas “incrustações ideológicas”, uma doutrina científica do Direito que tivesse como valor maior a força jurídica das normas, ou seja, na maneira como o direito seria capaz de fundar por meio de sua ciência um corpo soberano consistente e legítimo sem se apoiar às forças da natureza, às forças da religião ou até mesmo às forças da política – esse talvez seja um dos sentidos mais banais do que se entender por *pureza* quando se trata de Kelsen.

Não à toa, em seu prefácio à primeira edição da “teoria pura” em 1943, Kelsen que “não é pequeno o número daqueles que, sem se confessarem adeptos da Teoria Pura do Direito, em parte sem a mencionar, ou até mesmo rejeitando-a aberta e pouco amistosamente, tomam dela resultados especiais” (KELSEN, 2009, p. x). Não se trata se uma “estratégia higienista” do autor de limpar de uma vez por todas a ganga não-jurídica do direito (HERRERA; RAMIRO, 2015, p. 235). Se é possível falar do direito como realização última da liberdade humana, sua produção e organização deve passar inegavelmente pelo crivo daquilo que Kelsen chamara de *técnica democrática*. É com a

democracia como regime de produção e organização das normas (fruto das vontades oriundas de outras normas) que a noção de soberania começa a tomar seus contornos. É contra esse risco iminente de abalar essa montagem que o jurista irá se insurgir, na defesa indeclinável do fenômeno democrático, e, com ele, a crítica demolidora de outras instâncias.

Firme e convencido dos valores democráticos, Kelsen também se opunha às tentativas socialistas e comunistas de investigação e até de transformação do direito em outra forma de sociabilidade; e às emergentes forças, naquele momento, do fascismo italiano e do nacional-socialismo alemão, percebendo as duas frentes nos extremos respectivamente da esquerda e da direita:

Mas não é somente a ditadura do proletariado, fundada no plano teórico da doutrina neocomunista e atualizada no plano prático do partido bolchevique russo, que se insurge contra o ideal de democracia. A forte pressão exercida por esse movimento do proletariado sobre o espírito e a política da Europa leva a burguesia a assumir também, por reação, uma atitude antidemocrática. Essa reação contra expressão teórica e prática no fascismo italiano. Sendo assim, hoje se apresenta o problema da democracia frente à ditadura partidária – de esquerda e de direita –, assim como numa certa época apresentava-se frente à autocracia monárquica (KELSEN, 2000, p. 26).

Com o foco em sua “Teoria Pura”, o autor já no início de sua obra a explica a partir de três perspectivas: primeiramente, ela é uma *teoria geral do direito positivo*, pois, muito embora não tenha como preocupação principal a discussão acerca da produção e organização das normas, tal preocupação ainda fica evidente na medida em que há uma apresentação da interpretação das normas no último capítulo; também é uma *ciência jurídica* (e não política jurídica), na medida em que se propõe a responder questões simples como “o que é o direito?”; e por fim, uma *teoria pura* cujo objetivo está na separação da ciência jurídica de tudo o que não possa ser o direito (natureza, religião, moral, etc.) (KELSEN, 2009, p. 1-5; 67-78; 79-85).

Como é possível falar que determinado ato, de determinado indivíduo, é um ato jurídico? O que dá a este ato significação jurídica, o que faz com que ganhe um sentido objetivo jurídico, é a existência de uma norma que o convalide como tal, uma norma que disponha sobre esse ato, e que torne possível uma interpretação normativa sobre ele. “Este sentido subjetivo, porém, pode coincidir com o significado objetivo que o ato tem do ponto de vista do Direito, mas não tem necessariamente de ser assim” (KELSEN, 2009, p. 3). A significação jurídica de um determinado ato não pode ser apreendida através dos sentidos, pois não é algo que imediatamente se apresenta de dado fenômeno. Um indivíduo que realiza algum ato, que o põe, relaciona a este um determinado sentido, que manifesta aos outros.

Nessa lógica, em que um ato de vontade pode prescrever uma conduta, existe uma separação radical para Kelsen entre o querer daquele que ordena um ato, e o dever daquele que age, se encontra um outro elemento – e esse elemento é a norma, “com o termo “norma” se quer

significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira. É este o sentido que possuem determinados atos humanos que intencionalmente se dirigem à conduta de outrem” (KELSEN, 2009, p. 5). Em primeiro lugar, cumpre destacar preliminarmente que “norma”, para Kelsen, possui um sentido amplo, abarcando não apenas as normas jurídicas como também as normas morais; ambas constituem o dever-ser. Além disso, “norma” no sentido jurídico não se reduz à “Lei”, mas engloba todo o espectro criativo do direito – leis gerais, leis locais, decisões judiciais, decisões executivas, decisões parlamentares, a Constituição etc. –, desde haja uma norma autorizativa para tais criações. O ato de vontade só ordena na medida em que produz norma, na medida em que é um ato normativo: “aquele que ordena ou confere o poder de agir, quer, aquele a quem o comando é dirigido, ou a quem a autorização ou o poder de agir é conferido, deve” (KELSEN, 2009, p. 5). Como visto, o que autoriza um ato de vontade a produzir uma norma é outra norma.

O ato de vontade e a norma que o autoriza e que lhe constitui o sentido objetivo se encontram em registros diversos, pois, “a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser” (KELSEN, 2009, p. 6). Por estar o ato de vontade autorizado por uma norma, não há que se falar que a norma criada a partir dele é um dever-ser que advém diretamente do ser. Uma lei tributária, por exemplo, criada pelo ato de vontade de alguns parlamentares, é jurídica, pois o processo legislativo dos referidos parlamentares é algo já positivado, normatizado (KELSEN, 2009, p. 8). Todo ato de vontade, apesar de ocorrer no registro do ser, possui, desde que vise a conduta de outrem, um sentido subjetivo de dever-ser. Para que o ato em questão seja normativo, porém, seu sentido subjetivo de dever-ser deve ser endossado por alguma outra norma; só então terá sentido objetivo de dever-ser. E em relação a esta norma, Kelsen aponta que “um mínimo de eficácia [...] é a condição da sua vigência” (KELSEN, 2009, p. 12).

Apesar do intento de Kelsen de separar, dentro de sua ciência pura, o Direito da Moral, ele não desconhece a influência desta na criação daquele. Da mesma forma que o Direito, enquanto processo de normatização, contém o direito positivo, a Moral, enquanto processo de normatização, contém a moral positiva, ou o critério de Justiça. Uma das diferenças entre o Direito e a Moral é, portanto, o modo de criação de cada uma. Enquanto a norma moral é vagarosamente incrustada nos hábitos no decorrer da história, e age espontaneamente, a norma jurídica depende, para a sua criação, da observância de outra norma jurídica. A segunda diferença diz respeito a forma de cada norma, pois enquanto a norma moral possui sanções de ordem moral e constrange a partir da coerção psicológica e social, a norma jurídica possui sanções de ordem jurídicas coativas e sanções que fazem uso da força.

E assim como o Direito é um conjunto normativo do dever-ser, a Moral também o é, de

modo que a moral positiva influencia no ato de vontade de todos os indivíduos a ela sujeitos. Em razão disso, é inevitável que o direito positivo contenha elementos da moral positiva, ou, em outras palavras, que essa exerça influência direta no momento de criação normativa. O erro é afirmar que existe uma relação necessária entre o Direito e a Moral, o Direito e uma Moral absoluta; tal tese é expressamente rejeitada na *Teoria Pura do Direito* (KELSEN, 2009, p. 78).

Sugerir a existência de um vínculo necessário entre ambos é afirmar não apenas que o Direito não existe sem a Moral (que o Direito é parte da Moral), mas, principalmente, que o Direito não existe sem a moral correta, ou seja, pressupor que existe uma determinada moral absoluta que seja o critério de justiça para o direito positivo, e que toda norma jurídica que a contrarie não é norma (KELSEN, 2009, p. 72).

Se se parte, por outro lado, de uma concepção relativista de moral, entendendo que não existe uma moral absoluta, a afirmação de que existe uma relação necessária entre Direito e Moral passa a significar que existe uma relação necessária entre o Direito e uma moral *particular* que seria a correta. A necessidade de tal relação é posta à prova, de uma perspectiva científica pura do direito, afirmar que só é Direito o que coaduna com uma determinada moral, com um determinado critério de Justiça. Por essa razão, essa vinculação é absurda, de forma que, o que se pode afirmar é a existência, isto sim, de uma correlação contingente entre Direito e Moral, uma influência possível da moral positiva, ou seja, de *uma moral particular*, no processo de normatização jurídica; mas este mesmo ato normativo pode estar sujeito a *qualquer outra moral*.

Levando em conta essa separação, Kelsen estabelece um limite jurídico para a sua teoria, criando uma ficção normativa para fundamentar a eficácia do ordenamento. Entende ele que as normas obedecem uma certa hierarquia, de modo que as normas individuais se fundamentam em normas gerais, e estas se fundamentam na Constituição. Constituição, para Kelsen, possui um sentido estritamente normativo, seja ela escrita ou consuetudinária.

Da mesma forma que Schmitt entende que a única destruição constitucional se dá com a troca do detentor do poder constituinte, Kelsen entende que, conquanto não haja uma ruptura, um intervalo revolucionário, a Constituição pode se fundamentar na Constituição anterior, e assim sucessivamente, até se atingir a primeira Constituição histórica (KELSEN, 2009, p. 215-245).

A questão repousa na fundamentação a primeira Constituição histórica, ou a primeira Constituição revolucionária “pós-ruptura”. Apesar de não haver resposta definitiva alguma, a resposta mais genérica (e a única possível para um positivista como Kelsen) é a de que a ordem jurídica sustentada por esta Constituição sob análise é eficaz de que os órgãos e sujeitos dessa ordem conduzem-se, de um modo geral, segundo as normas dessa ordem. Existe uma norma implícita que deve ser pressuposta para que determinado ordenamento seja obrigatório e, portanto,

eficaz. Kelsen nomeia esta norma de *Norma Fundamental*, uma norma não positiva, no sentido jurídico, mas hipotética, uma pressuposição feita no pensamento jurídico. (KELSEN, 2009, p. 50-51; 2001, p. 213-221). E a eficácia, de acordo com o jurista austríaco, é resultado de uma pressuposição implícita de que esta primeira Constituição histórica, e as normas emitidas sob seu fundamento, são juridicamente obrigatórias.

Na separação do juridicamente normativo e da sua obediência, Kelsen lida com a relação entre o jurídico e o não jurídico da forma mais radical dentro do âmbito do positivismo, posto que evita fundamentar o direito a partir de qualquer outra coisa senão o simples fato de que ele existe. Diferentemente de Schmitt, que fundamenta o Direito a partir de uma pressuposta unidade política anterior à decisão, de uma figura soberana que decide no limite do jurídico, Kelsen fundamenta o Direito a partir de sua própria eficácia. O mito denunciado por Benjamin é, portanto, exemplificado pelo soberano detentor do poder constituinte de Schmitt, e evitado pela norma fundamental hipotética pressuposta de Kelsen. O movimento da particularização das normas parece estabelecer um tecido jurídico tão consistente a ponto de, contra Schmitt evanescer a sua figura do soberano, e contra Benjamin impedir uma potência “divina” que rompa com a perversa dialética instituinte-instituído.

5. UMA ALTERNATIVA CONTEMPORÂNEA ÀS COORDENADAS ESTABELECIDAS PELO DIREITO CONSTITUCIONAL ATUAL

Como forma de síntese, parece interessante apresentar as coordenadas anteriormente citadas (a universalidade da violência, a singularidade da decisão, a particularidade da norma) como um tecido muito bem definido sem, à primeira vista, qualquer possibilidade de mudança. Tais coordenadas para a teoria constitucional aparecem como consolidadas, como verdadeiras aporias ainda não resolvidas para o conjunto do pensamento contemporâneo. É possível, então, ainda descobrir um novo campo para uma alternativa fora desses coordenadas?

Quatro são as categorias elencadas pelo filósofo francês Alain Badiou (1991; 1994; 1996) em uma tentativa de resgate dos temas mais cruciais da filosofia que, com o devido manejo teórico, poderiam se conectar com as articulações jurídicas: *evento*, *sujeito*, *verdade* e *inominável*. Evento é tudo aquilo que acontece, tudo aquilo que vem a ser. Não há nada que determine previamente que algo seja um evento, de modo que o evento é um indecível, depende de uma decisão. Essa decisão que fixa um indecível e constitui algo como evento, que diz que um evento teve lugar, institui um axioma de verdade, ou seja, dá início a um processo de verdade, que também constitui um sujeito que assume o risco da decisão. O axioma da verdade dá início a um processo de verificação do verdadeiro, e é a esse processo que Badiou chama de verdade (BADIOU, 2002, p. 43-51). Longe de

personificar uma dádiva, o Evento tem uma carga aleatória que permite trabalhar os fatos históricos de acordo com um engajamento prévio que dê consistência a um projeto futuro. Desse modo, a ênfase nos sujeitos que interpretam e agem prevalecem sobre as grandes estruturas rígidas de longa duração; os espaços articuladamente combinados dão lugar ao imprevisto e à criatividade; e a temporalidade própria das estruturas, ao final, rende-se ao lampejo extemporâneo da Verdade que vem para reconfigurar as regras do jogo próprias das estruturas.

A verdade é, portanto, um processo não totalizável a partir do qual um axioma posto por um sujeito assume o risco da decisão sobre um indecível, um trajeto verificatório infinito que tem lugar. É um conjunto múltiplo que, a partir do engajamento subjetivo, tem efeitos na vida material tem significado. Neste trajeto, todos os termos são igualmente indiscerníveis, não há nada na linguagem que permita distinguir aquilo que foi decidido como o axioma de uma verdade de todos os outros termos. O lugar do sujeito é, pois, o indiscernível, ponto de pura escolha em que se constitui uma verdade, ponto de pura escolha em que se dá um processo de verificação com o uso de um axioma de verdade que decidiu fora de toda regra estabelecida, que resulta de uma pura aposta no acaso.

Os sujeitos são elementos finitos do conjunto verdade ao qual pertencem. A verdade, porém, sendo um processo, é sempre, também, novidade, está em devir. O que quer dizer que a verdade é um conjunto infinito. E o puro ponto em que o sujeito se confronta com o indiscernível é o momento de atualização desse conjunto, por meio da verificação, do processo de verdade. A verdade é, pois, infinita, e é também genérica, por não poder ser reduzida a um único predicado.

Pode-se tomar a teoria pura normativa kelseniana e a teoria decisionista schmittiana como dois eventos que iniciam diferentes processos de verdade. A teoria pura de Kelsen institui a *norma* como axioma do Direito enquanto uma verdade científica, ao passo que a teoria decisionista de Schmitt institui a *decisão* como axioma do Direito enquanto uma verdade política. A principal diferença de ambos, no entanto, não é essa, não é o local no “campo das verdades” em que se encontram. Nada impede, no que tange a este ponto que se afirme que os axiomas da norma e da decisão constituem, ambos, verdades jurídicas.

A diferença se encontra na quarta categoria, no *inominável*. Conforme visto, toda verdade é infinita e genérica. Existe, contudo, a possibilidade de se forçar uma hipótese de que a verdade, tal qual está, seja tomada como acabada, ou seja, de ficcionalizar um conjunto aberto como se fosse fechado. É o que Badiou chama de *potência de uma verdade*. O problema é que, de acordo com o filósofo, “há *sempre*, em toda situação, um ponto real que *resiste* a essa potência” (BADIOU, 2002, p. 49); este ponto, Badiou chama de *inominável*. “O *inominável* é alguma coisa como o *real* indizível de tudo o que uma verdade autoriza a dizer” (BADIOU, 2002, p. 49).

As teorias de Schmitt e de Kelsen relacionam-se de forma diferente com este ponto de não-tudo em toda totalidade. Carl Schmitt busca fechar sua teoria da decisão para dentro do direito, sempre totalizando o direito, reincluindo para dentro do direito tudo, através da decisão, legitimando como sujeito político aquele que constitui, como soberano aquele que decide, tornando impossível qualquer abertura para o não-jurídico. Hans Kelsen, por outro lado, reconhece, a todo momento, que sua teoria é uma teoria científica pura, e pretende manter-se fechado a uma possível ciência do direito – àquela que entende a mais genérica –, de modo que a sua concepção pura de Direito se distancia do direito posto, tendo em vista que entende que outros aspectos do fenômeno jurídico são estudados por outros campos do saber. Ainda, quando propõe a norma fundamental como ficção, deixa explícita sua intenção de fazer uma ciência genérica e não-toda, contra qualquer forma de totalização.

Também empenhado em salvar certa ontologia do não-tudo, mas, diferentemente de Badiou, sem fazer o uso expresso da ficção, Giorgio Agamben relaciona a potência ao conceito de *resto* (AGAMBEN, 2016; GIACOIA JR., 2018). O resto é algo do todo que excede a soma de suas partes, algo que, para aparecer, requer um deslocamento de perspectiva do todo, deslocamento este que torna possível a elevação da totalidade à sua potência de não se constituir como tal, que pode tornar o todo inoperante. Como parte de um contexto teológico-político de *resto*, esse “resto é a figura ou a consistência que o povo ganha na instância decisiva – e, como tal, ele é o único sujeito político real” (AGAMBEN, 2016, p. 73). Existe uma ligação imediata, que não há em Badiou, entre ontologia e política para Agamben, de modo que o resto é a figura fundante de uma nova forma de vida política, a autêntica figura do povo. Para Agamben, “o povo não é nem o todo nem a parte, nem a maioria nem a minoria. Ele é, antes, aquilo que jamais pode coincidir consigo mesmo, nem como todo nem como parte, aquilo que infinitamente resta ou resiste a toda divisão, [...] nunca se deixa reduzir a uma maioria ou a uma minoria” (AGAMBEN, 2016, p. 273).

Enquanto Badiou mantém a potência no nível da hipótese (ou da Ideia) de uma verdade que reconhece um núcleo duro inominável, Agamben mantém a potência no nível da desativação de determinada totalidade jurídica que de alguma forma vela o não-tudo político. Segundo o italiano, é a partir do uso (e não da hipótese), que o não-tudo, que ele chama de resto, pode inscrever-se enquanto uma abertura na totalidade, tornar o uso normal inoperante. Apesar das diferenças ontológicas e metodológicas de ambos os autores, um recorte epistemológico pode ser feito justamente na aproximação de *inominável* e *resto*: ambos tentam fundamentar uma ontologia nesse não-tudo, nesse ponto de ruptura.

Ao final de seu texto *Sobre a crítica do poder como violência*, Walter Benjamin traz um contraponto àquela narração mítica do Direito, ao Direito enquanto destino indecível. Se existe

um ponto de indecível que afirma o que é e o que não é legítimo, este ponto está em um campo de indecibilidade, de absoluta contingência, e é passível de instituir qualquer axioma de verdade. Este local é não totalizável, sempre se mantém aberto para qualquer evento, e é, em razão disso, essencialmente não jurídico. É nesse ponto que Benjamin funda, em ataque ao poder mítico, o que ele chama de poder divino (BENJAMIN, 2013b, p. 76). O poder divino que “não é testemunhado apenas pela tradição religiosa” (BENJAMIN, 2013b, p. 79), mas também pela vida atual, é um poder que liberta o ser vivo da culpa originária que o põe em relação ao poder mítico, pois torna possível a escolha pura entre todas as formas de vida, excluídas pelo mito do poder instituinte do Direito.

O caráter totalizante da teoria de Schmitt não está em seu congelamento, pois não se trata de uma teoria da imutabilidade do jurídico. Pelo contrário, a decisão é um ponto de constante mutação jurídica, de modo que sua teoria é aquela que mais se aproxima do Direito tal qual ele é, um ordenamento imediatamente violento legitimado pelo mito de sua fundação e cujo soberano consegue se manter nesse ponto sempre já não dentro mas ainda não fora da lei, no mítico lugar do extremo limite da lei. Seu caráter totalizante está no fato de que todas essas possíveis alterações e mudanças, até mesmo uma possível destruição da constituição, é feita através do significante jurídico, é algo que imediatamente faz Direito, de forma que nada foge ao Direito.

Em contrapartida, Kelsen e Benjamin se esforçam por manter o problema fundamental sempre exposto, mas de diferentes formas. Kelsen mostra como uma potência de uma verdade jurídica se dá pela hipotética organização científica completa e acabada do direito normativo, seus limites. Como o Direito está em diferença em relação a si mesmo por não se fechar como um cristal e por não resolver a aporia da legitimidade na estrutura lógica – sua única saída é o forçamento de uma ficção, uma norma fundamental hipotética. Benjamin revela como o forçamento do mito, ao invés de ser a potência de uma verdade, quer tomar a hipótese por verdade absoluta – e se o mito da legitimidade demanda a existência de um lugar acima do destino, o poder que cria o mito não pode ser jurídico, mas deve estar fora da lei, em um lugar que não exclui a possibilidade de um poder destituente do poder mítico. É a partir da potência desativadora de um todo e da potência criadora de uma verdade que é possível pensar uma ontologia do não-todo.

CONCLUSÃO

O forçamento de uma legitimidade é o que separa uma abordagem mítica de uma abordagem ficcional do Direito, e é urgente que as atenções se voltem a esse forçamento. Se as teorias do direito anteriormente expostas trazem diferentes de se construir uma verdade jurídica, é também possível de se apreender, a partir delas, e com o auxílio de Walter Benjamin, aquilo de não-

todo que o Direito possui, o lugar vazio em torno do qual o Direito se reproduz. Assim, serão retomados a seguir os resultados de cada capítulo, de modo a resgatar as propostas de cada autor e as respectivas deduções realizadas.

Com a exposição dos elementos que compõem a universalidade da violência a partir de Nietzsche e Benjamin, é possível concluir que a relação entre violência e direito é fetichisticamente obscurecida. Em razão disso, a passagem do *ser* ao *Direito* só pode se dar com o surgimento de um mito: o mito do poder constituinte. Com a transformação mítica da “violência” em “poder constituinte”, o Direito mítico exclui da narrativa de seu processo de criação qualquer relação que teria com a violência, de modo que, ao contrário da violência, o poder constituinte adquire o caráter de *legítimo*. E é possível entrever nessa formulação que existe algo, e que esse algo se encontra necessariamente fora do Direito, que torna possível o processo de legitimação.

Com a exposição dos elementos que compõem a singularidade da decisão soberana a partir de Schmitt, é possível concluir que todo o ordenamento jurídico é reorganizado e abarcado pela decisão schmittiana, de modo que é esta que cria e que diz o que é e o que não é Direito. A decisão não está, pois, fora do Direito, mas em seu extremo, no limite entre o jurídico e o não-jurídico, mas ainda dentro do jurídico. E esta decisão é também o que Schmitt chama de Constituição, isto é, a decisão do detentor do poder constituinte, o soberano, acerca dos aspectos fundamentais do Direito. Desse modo, e inversamente, todo o não-jurídico que passa a ser Direito é retroativamente justificado como tendo passado pelo crivo da decisão soberana e, assim, a teoria do direito schmittiana coincide precisamente com a mitificação denunciada por Benjamin.

Com a exposição dos elementos que compõem a particularidade da norma fundamental a partir de Kelsen, é possível concluir que sua proposta se reduz a uma exposição puramente científica do Direito a partir de seus elementos normativos. E no impasse da passagem do não-jurídico para o jurídico, Kelsen, de seu ponto de vista científico-normativo, não vê senão uma impossibilidade de se atravessar de um para o outro. Por mais que o processo de normatização seja, indubitavelmente, atravessado pelo não-jurídico, a norma que dele resulta está em outro registro, no registro do dever-ser coativo. Por esse motivo, Kelsen se vê obrigado a fundamentar o Direito em sua própria eficácia, ou seja, a estabelecer a base da legitimidade no simples fato de o Direito ser observado, e a concluir, a partir disso, que existe uma norma não positiva que determina que o Direito seja obedecido, uma norma sobre a qual se fundamenta o Direito e que, apesar de não ser posta, deve ser ficticiamente pressuposta: a *norma fundamental*. Sem forçar uma legitimidade para o Direito, ou seja, sem deslocar o fundamento do Direito para a realidade, impedindo uma totalização absoluta, Kelsen mantém seu Direito, enquanto teoria pura científica, intotalizável, o que torna possível qualquer análise acerca da legitimação do Direito.

Em uma tentativa de síntese, buscou-se concluir, utilizando os conceitos de *inominável* e de *resto*, respectivamente de Badiou e de Agamben, que o Direito, enquanto um processo de verdade, só pode ser uma totalidade intotalizável, um todo não-todo. É na impossibilidade de totalização que é possível organizar a hipótese ficcional kelseniana como a potência de uma verdade, e o poder divino benjaminiano como a potência de um novo uso, e ambos correlatos ao não-todo ontológico.

Sem a pretensão de esgotar a temática ou até mesmo de revolucionar radicalmente os cânones da tradição constitucional, este trabalho buscou apenas indicar que, para além das coordenadas estabelecidas da universalidade, da singularidade e da particularidade, é possível arriscar a se indagar por novas alternativas que, à primeira vista, não são construíveis, mas que, com o esforço teórico e o engajamento necessário, podem se transformar em frutíferos campos de pesquisa e de atuação.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. *Meios sem fim: notas sobre política*. Tradução de Davi Pessoa. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

AGAMBEN, Giorgio. *O tempo que resta: Um comentário à carta aos Romanos*. 1. ed. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

BADIOU, Alain. *Manifesto pela filosofia*. Tradução de M. D. Magno. Rio de Janeiro: Angélica, 1991.

BADIOU, Alain. *O ser e o evento*. Tradução de Maria Luiz X. de A. Borges. Revisão técnica Márcio Souza Gonçalves, Ieda Tucherman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.: Ed. UFRJ, 1996.

BADIOU, Alain. Verdade e sujeito. In: Badiou, Alain. *Para uma Nova Teoria do Sujeito: conferências brasileiras*. 1. ed. Tradução de Emerson Xavier da Silva e Gilda Sodré. Revisão técnica por Ari Roitman e Paulo Becker. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2002.

BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem (1915-1921)*. 2. ed. Organiza o, apresenta o e notas de Jeanne-Marie Gagnebin. Tradua o de Susana Kampff Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2013a.

BENJAMIN, Walter. *O anjo da história*. 2. ed. Tradua o de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2013b.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Agamben: por uma  tica da Vergonha e do Resto*. 1. ed. São Paulo: n-1 edi es, 2018.

GIACOIA JR., Oswaldo. *Nietzsche X Kant: uma disputa permanente a respeito de liberdade, autonomia e dever*. Rio de Janeiro: Casa da palavra, São Paulo: Casa do saber, 2012.

- GIACCOIA JR., Oswaldo. Violencia e racionalidade politica: sobre a potencia dos meios. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 108, p. 243-291, jan./jun. 2014.
- HERRERA, Luiz Henrique.; RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Hans Kelsen: filosofia jurídica e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, n. 205, 2015, p. 235-261.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla, Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2018.
- NIETZSCHE, Friedrich W. *Genealogia da moral: uma polêmica*. Tradução, notas e posfácio de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SCHMITT, Carl. *Terra e Mar*. breve reflexão sobre a história universal. Trad. Alexandre Franco de Sá. Lisboa: Esfera do Caos, 2008.
- SCHMITT, Carl. *Teología política*. 1. ed. Tradução de Francisco Javier Conde Jorge Navarro Pérez. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. 1. ed. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1982.

DANO EXISTENCIAL A PARTIR DO TELETRABALHO NA LEI 13.467/2017 E O DIREITO À DESCONEXÃO

Daniele PARMEGIANE¹
José Eduardo Lourenço dos SANTOS²

RESUMO

As modificações na sociedade provocadas pelo avanço da tecnologia transformaram as relações de trabalho, dando origem a modalidade de teletrabalho, que se trata de uma espécie de trabalho a distância, em que o trabalhador presta serviços fora do estabelecimento do empregador, utilizando as tecnologias da informação e comunicação. Com o advento da Lei 13.467/2017, regulamentou-se o teletrabalho nos artigos 75-A e seguintes da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), mas na mesma lei também o excluíram do regime de jornada de trabalho. Na realidade, o contrato de teletrabalho acaba exigindo do trabalhador a necessidade de manter-se conectado com o empregador pelos meios telemáticos, retirando o direito ao descanso, ao lazer, a limitação da jornada de trabalho e do convívio social, acarretando no dano existencial, sendo o direito a desconexão necessário para assegurar os direitos fundamentais do trabalhador. Neste contexto, pretende-se analisar os impactos da regulamentação do teletrabalho na Lei 13.467/2017, sob a ótica dos direitos fundamentais e as possíveis ocorrências de dano existencial. Assim, num primeiro momento, pretende-se estudar as normas de duração de trabalho e os limites constitucionais impostos ao poder diretivo do empregador, em seguida, analisar-se-á os fundamentos do direito a desconexão, e por fim, pondera-se sobre o teletrabalho na Lei 13.467/2017, principalmente no que tange a exclusão do teletrabalhador no regime de jornada de trabalho e a ocorrência do dano existencial. O método utilizado foi o dedutivo, utilizando-se da pesquisa bibliográfica documental, via internet, entre outros.

PALAVRAS-CHAVE: teletrabalho; direitos fundamentais; lazer; desconexão; dano existencial.

ABSTRACT

The changes in society caused by the advancement of technology have transformed working relationships, giving rise to the type of telework, which is a kind of work at a distance, in which the worker provides services outside the employer's establishment, using the technologies information and communication. With the advent of Law 13467/2017, telecommuting was regulated in Articles 75-A and following of the Consolidation of Labor Laws (CLT), but in the same law also excluded it from the working day regime. In reality, the teleworking contract ends up requiring the worker to keep connected with the employer by telematic means, withdrawing the right to rest, leisure, limitation of working hours and social interaction, causing in the existential damage, being the right of disconnection necessary to ensure the fundamental rights of the worker. In this context, it is intended to analyze the impacts of telecommuting regulation in Law 13467/2017, from the perspective of fundamental rights and the possible occurrences of existential damage. Thus, in the

- 1 Mestranda em Teoria Geral do Direito e do Estado no Programa de Estudos Pós-graduados em Direito do Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha - Marília (UNIVEM), bolsista na modalidade Bolsa de Estudos CAPES/PROSUP. Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2015-2017). Advogada. Graduação em Direito (2010-2014) pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM.
- 2 Possui Graduação em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (1988), Mestrado em Direito pela Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha (2002), Doutorado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR - 2013) e Pós-Doutorado na Universidade de Coimbra (área de Democracia e Direitos Humanos - 2016). Atualmente é professor do Centro Universitário Eurípides de Marília, Graduação e Mestrado, e Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito Penal, Criminologia, Direito e Internet, Direito Processual Penal, Direitos Fundamentais, Derrotabilidade Normativa e Novos Direitos.

first stage, the aim is to study the rules of working hours and the constitutional limits imposed on the executive power of the employer, then the reasons for the right of disconnection will be analyzed, and finally, the teleworking in Law 13467/2017, mainly regarding the exclusion of the teleworker in the working day regime and the occurrence of existential damage. The method used was the deductive, using bibliographical research documentary, via the internet, among others.

KEYWORDS: telecommuting; fundamental rights; recreation; disconnection; existential damage.

INTRODUÇÃO

Nos dias atuais vivenciamos a sociedade da informação e comunicação, resultado das mudanças tecnológicas, que por sua vez, também refletiram nas relações de trabalho, pois provocaram modificações na forma de produção e entrega de bens e serviços.

Na sociedade tecnológica, há grandes riscos de violação aos direitos fundamentais do cidadão, especialmente no que tange aos direitos do livre desenvolvimento da personalidade, ao lazer, a intimidade e a vida privada, assim como pode haver ofensas ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a tecnologia proporciona a comunicação instantânea e a invasão da privacidade, que por vezes é até concedida pela própria vítima, viciada na conexão com as redes, com os computadores e smartphones, e conseqüentemente com o trabalho.

No que diz respeito as relações de trabalho, o empregador por meio dos recursos telemáticos pode exceder no seu poder diretivo e lesionar direitos fundamentais do trabalhador, tais os citados acima, o direito ao lazer, a limitação de jornada de trabalho, o princípio da dignidade humana, que embasam o direito a desconexão, que se trata do direito ao desligamento do trabalho nos momentos de descanso, sendo imprescindível para a saúde e bem-estar do trabalhador, pois visa o equilíbrio saudável entre trabalho e lazer.

Com as mudanças tecnológicas, surgiu a modalidade de teletrabalho, que é a possibilidade de prestação de serviços fora do estabelecimento do empregador, utilizando as tecnologias da informação e comunicação, sendo efetivamente regulamentada pela Lei 13.467/2017, nos artigos 75-A e seguintes, todavia, os teletrabalhadores foram excluídos do regime de jornada de trabalho pela inclusão do artigo 62, inciso III, da referida lei, uma vez que o legislador entendeu que nesses casos inexistente controle de jornada, significando que esses trabalhadores não possuem direito a horas extras por exemplo.

Ocorre que por meios dos recursos tecnológicos, o empregador pode, excedendo em seu poder diretivo, fiscalizar o teletrabalhador, praticando condutas assediadoras e exaustivas, que certamente ofendem o direito a desconexão e provocam danos existenciais.

Neste contexto, busca-se refletir os impactos da exclusão do teletrabalhador do regime de

jornada de trabalho, principalmente sob ótica dos direitos fundamentais ao lazer, a limitação da jornada de trabalho e também sob a visão do princípio da dignidade da pessoa humana, todos os quais fundamentam o direito a desconexão do trabalho.

Inicialmente, pretende-se estudar as normas de duração de trabalho, juntamente com os limites constitucionais impostos ao poder diretivo do empregador, em seguida, analisar-se-á os fundamentos do direito a desconexão, e por fim, pondera-se sobre o impacto da regulamentação da modalidade de teletrabalho pela Lei 13.467/2017, principalmente no que tange a exclusão do teletrabalhador no regime de jornada de trabalho, visto que esta disposição pode provocar grandes prejuízos ao teletrabalhador, como a ocorrência do dano existencial.

Em seu desenvolvimento utilizou-se o método dedutivo e técnicas de coleta bibliográfica, documental, via internet, entre outras.

1. AS NORMAS DE DURAÇÃO DO TRABALHO E A LIMITAÇÃO DO PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

As normas que regulamentam a duração do trabalho devem ser vistas não apenas como regras jurídicas com caráter econômico, mas também devem ser consideradas como essenciais para a garantia de condições dignas de saúde dos obreiros, assumindo nas palavras de Delgado (2011, p. 806) “caráter de normas de saúde pública”. Isto porque, é comprovado que certas atividades quando desempenhadas por muito tempo são nocivas à saúde, razão pela qual foi necessário regulamentar a duração diária e semanal de trabalho.

No que tange a conceituação de duração de trabalho, Delgado (2011, p. 809-810) ressalta que é a noção mais ampla das três correlatas. A duração do trabalho é o lapso temporal de labor ou disponibilidade do trabalhador ante o empregador em decorrência do contrato de trabalho, já quanto a jornada de trabalho possui sentido mais restrito, sendo o tempo diário em que o empregado tem de se colocar em disposição ao empregador, em razão do contrato de trabalho, e por fim, horário de trabalho é o lapso temporal entre início e o fim de certa jornada laborativa.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu no rol de direitos trabalhistas a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de higiene, saúde e segurança. Além disso, a CF/88 também previu no seu artigo 7º, inciso XIII, que são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a duração de jornada de trabalho diária de 8 (oito) horas e de 44 (quarenta e quatro) horas semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, prevendo também a remuneração de hora extra trabalhada acima da jornada estipulada constitucionalmente no equivalente a cinquenta por cento a da hora normal.

Visto isso, percebe-se a limitação da jornada de trabalho trata-se de um direito fundamental, garantido constitucionalmente, o qual visa assegurar a saúde, bem como a dignidade do trabalhador, que possui suas particularidades e necessidades de convívio social. Isso porque, dentre os direitos fundamentais trabalhistas, como o de limitação da jornada de trabalho, tem-se ainda outros direitos fundamentais de todo e qualquer cidadão, que é o direito ao lazer, previsto no artigo 6º da CF/88, o direito a intimidade e a vida privada, dispostos no artigo 5º, incisos V e X.

Süssekind afirma que há três razões para que exista a limitação da jornada de trabalho:

“a) de natureza biológica, porque elimina ou reduz os problemas psicofisiológicos oriundos da fadiga; b) de caráter social, por ensejar a participação do trabalhador em atividades recreativas, culturais ou físicas, propiciar-lhe a aquisição de conhecimentos e ampliar-lhe a convivência com a família; c) de ordem econômica, porquanto restringe o desemprego e aumenta a produtividade do trabalhador, mantendo-o efetivamente na população economicamente ativa.” (SÜSSEKIND, 2001, p. 216).

Para tanto, é possível compreender que além do viés econômico que norteia a norma que limita a jornada de trabalho, há também o viés social e biológico, sendo essencial ao trabalhador ter convívio social para o seu desenvolvimento como ser humano, tratando-se efetivamente a limitação da jornada de trabalho de um direito fundamental.

Sendo assim, os contratos de trabalho, por mais que tratem de vontade de particulares devem respeitar os direitos fundamentais previstos na CF/88, submetendo-se a limitações de duração de trabalho para que consequentemente respeite os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Como é sabido as normas de direitos fundamentais possuem eficácia imediata, nos termos do artigo 5º, da CF/88, o que significa que tem o poder de vincular as decisões públicas em todas as suas esferas, sendo denominada de eficácia vertical, isto é, quando em detrimento das relações entre particulares e Estado, e de eficácia horizontal, quando dentro das relações entre os particulares, visto que não se pode afastar os direitos fundamentais ante a vontade das partes da relação privada, principalmente quando se tem de um lado uma parte com maior poderio econômico e social, como o empregador.

Na eficácia horizontal o Estado passa a ser protetor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, de acordo com Leite (2011, p. 36) tal eficácia surge em razão do reconhecimento da desigualdade não somente nas relações entre Estado e particulares, mas também entre os próprios particulares. Nas relações de trabalho, o autor destaca que em virtude do poder de direção do empregador, esse possui obrigações fundamentais quanto a seus empregados.

A relação de trabalho é marcada pela desigualdade entre as partes, visto que o empregado, ainda que possua maior qualificação profissional em comparação ao seu empregador, está sempre submetido ao poder de organização, de diretrizes e de regras disciplinares estabelecidas pelo empregador (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 88).

De acordo com Süsskind (1999, p. 249-251), a dependência existente no contrato de trabalho, que se atribui ao empregado, não deve ser considerada como econômica, pois seria utilizar uma proposição nem sempre válida como podemos verificar nos exemplos do pequeno comerciante que depende de grandes indústrias para manter sua atividade ou ainda no empregado, que possui renda própria que o torne independente economicamente do empregador. Assim, de acordo com o autor a dependência existente no contrato de trabalho é jurídica, isto porque decorre de um contrato, onde nele se encontra seu fundamento e seus limites, partindo-se do pressuposto de liberdade individual e da dignidade do trabalhador.

Neste sentido, essa desigualdade existente no contrato de trabalho, faz com que a incidência dos direitos fundamentais seja maior, mas por outro lado, a lei também permite a autonomia de vontade entre as partes (SARMENTO; GOMES, 2011, p. 89).

O direito do trabalho tem como finalidade, primeiramente, proteger a saúde e a vida do trabalhador e garantir-lhe dignidade humana, sendo assim, deve haver proporcionalidade entre a vontade individual e o conteúdo mínimo que a lei determina, com o devido respeito e garantia dos direitos fundamentais, a fim de que o empregador não pratique alguma conduta restritiva que ofenda a qualidade existencial do trabalhador conforme preconiza Sarmento e Gomes (2011, p.95).

Assim, o empregador, ainda que no exercício do poder diretivo, tem o dever de respeitar os direitos fundamentais do empregado, pautando-se no respeito à dignidade da pessoa humana, eis que acima de tudo o trabalhador é um sujeito de direitos e garantias fundamentais.

No momento atual vivenciamos uma sociedade tecnológica, em que há uma grande ameaça aos direitos fundamentais da personalidade, da integridade física e psíquica dos trabalhadores em razão do excessivo poder fiscalizatório por meios dos recursos tecnológicos e também pela flexibilização das jornadas de trabalho ou ausência de delimitação da mesma.

Com o advento da Lei 13.467/2017, houveram algumas mudanças na legislação trabalhista, com o fundamento de que seria necessário a modernização da norma para manter o desenvolvimento econômico, estabelecendo novos parâmetros para as relações de trabalho, inclusive no que tange a limitação da duração do trabalho, colocando em risco os direitos de desconexão e lazer do trabalhador.

Dentre as mudanças, podemos mencionar a possibilidade de estabelecimento da jornada 12x36 por qualquer categoria profissional, mediante acordo individual escrito, acordo ou convenção coletiva de trabalho, sendo que anteriormente era regulamentada pela súmula 444 do Tribunal Superior do Trabalho e era de caráter excepcional, podendo ser fixada apenas por acordo ou convenção coletiva. Além disso, a referida lei também excluiu o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, o que significa que o obreiro não tem direito as horas extras por exemplo,

porque não há controle de jornada de trabalho.

Todas essas mudanças, colocam em risco a efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador, principalmente no que diz respeito a limitação da jornada de trabalho e aos direitos de desconexão e lazer.

2. A PROTEÇÃO DO DIREITO À DESCONEXÃO DO TRABALHO

O direito do trabalho é um direito fundamental que dignifica o homem, pois por meio do ofício adquire-se o bem-estar, a realização pessoal, alimento, vestuário, entre tantas outras necessidades essenciais para a sobrevivência humana, mas por outro lado o excesso de trabalho, no qual se agrediu a vida privada e a intimidade, impedindo de ter lazer e de desligar-se das atividades laborativas, significa graves prejuízos a saúde e a existência do trabalhador.

Atualmente vivenciamos uma sociedade em que as pessoas vivem conectadas aos seus smartphones, notebooks, tablets, vivendo como prisioneiras da necessidade de manterem-se informadas em todo o tempo, inclusive a tecnologia possibilita o contato instantâneo e direto do empregador com o empregado e isto acaba aumentando a ocorrência de danos à saúde e provocando doenças como depressão e ansiedade.

Neste contexto, é que o direito a desconexão se constitui como o desligamento do labor em favor da vida privada e do gozo do tempo livre, permitindo harmonia entre o trabalho, lazer e descanso (OLIVEIRA NETO, 2015).

Braga (2015, p. 109-118) ressalta que o direito a desconexão tem como pressupostos: a limitação do tempo de trabalho, pois as jornadas acima dos limites provocam desgastes físicos e psíquicos, além de que a limitação é importante para que o trabalhador possa aproveitar seu tempo livre fora do ambiente de trabalho; o desenvolvimento da personalidade, isto é, o trabalhador deve desfrutar do seu tempo livre fora do ambiente de trabalho, tendo lazer, convívio social com familiares e amigos, praticando atividades recreativas, que possibilitem o pleno desenvolvimento das potencialidades humanas; e por fim, a conciliação do trabalho com a vida privada, isto é, o equilíbrio saudável entre trabalho e convívio social.

O direito a desconexão não está previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, mas pode ser fundamentado à partir das normas já existentes como a prevista na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, inciso III, que institui a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, significando que todas as ações estatais, bem com os particulares devem respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido Almeida e Severo (2014, p. 17) ressaltam “ O trabalho é, portanto, elemento inafastável da dignidade da pessoa humana, seja por constituir fonte de subsistência material, seja

por seu caráter de realização do ser social (da troca que nos constitui) ”.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, também serve como fundamento, em âmbito internacional, ao direito de desconexão, como em seu art. 24, “Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas” (BRASIL, 1948).

Além disso, o direito a desconexão, também encontra fundamento nos direitos à saúde, à vida social, a intimidade, a privacidade, ao lazer, a limitação da jornada de trabalho, todos os quais estão previstos no texto constitucional como direitos fundamentais (OLVEIRA NETO, 2015).

No que tange o direito ao lazer, este representa uma oposição ao trabalho, tratando de um direito de dispor do tempo livre como melhor lhe convier, para o desenvolvimento da personalidade conforme o estilo de vida do cidadão (FOGLIA, 2013, p. 101-105).

De acordo com Souza (2013, p. 67-68) o direito ao lazer possuiu duas dimensões, a humana e a econômica, em ambas existem perspectivas que se relacionam e na visão da autora a dimensão humana deve prevalecer sobre a econômica por ser o direito ao lazer um direito fundamental. De acordo com a autora ainda a dimensão humana do direito ao lazer possuiu como perspectivas as necessidades biológicas, referente ao descanso e recuperação de forças para retorno ao trabalho; sociais, que diz respeito a convivência social e familiar; a psíquica, no qual o trabalhador pode desligar-se da realidade social, a fim de esquecer os problemas do cotidiano e dedicar-se a atividades de prazer; e existencial, relacionada ao tempo livre, a existência humana e ao desenvolvimento pessoal.

Nas palavras de Lima (2013, p. 55) “ O direito ao lazer é a única atividade que é de plena faculdade do trabalhador; seu exercício o eleva à sua essência como homem, e não somente como ‘produto’ do mercado de trabalho”.

Sendo assim, o direito ao lazer com relação ao direito do trabalho seria o direito que proporciona liberdade para que o trabalhador realize outras atividades, diversas das laborativas, na tentativa de fazer com que seja excluída a ideia de que é um objeto do mercado econômico. De tal modo, nota-se que o direito a desconexão possuiu grande relação com o direito ao lazer, significando o desligamento do trabalho a tentativa de proteger os direitos fundamentais e garantir a dignidade humana.

Tibaldi e Pessoa (2017, p. 141) destacam que o direito ao trabalho é mais do que um meio de prover a subsistência, mas sim também é um direito que visa garantir a dignidade da pessoa humana, tratando-se, na verdade, de um direito econômico social. Assim, o trabalhador não deve ser considerado somente na sua dimensão produtiva, mas também deve ser considerado na sua dimensão existencial, que necessita estar em interação com o mundo.

O trabalho atua como fator dignificante da pessoa humana, sendo difícil discutir sobre direito a desconexão, mas ressalte-se que este não pode ser entendido como um não trabalhar, mas sim como um direito do não trabalho fora da jornada, nos momentos de lazer (MOURA; COSTA, 2017).

Neste sentido, Maior (2003):

Esclareça-se que o não-trabalho aqui referido não é visto no sentido de não trabalhar completamente e sim no sentido de trabalhar menos, até o nível necessário à preservação da vida privada e da saúde, considerando-se essencial esta preocupação (de se desligar, concretamente, do trabalho) exatamente por conta das características deste mundo do trabalho marcado pela evolução tecnologia, pela deificação do Mercado e pelo atendimento, em primeiro plano, das exigências do consumo.

Assim, a desconexão consiste no direito de o trabalhador não sofrer interferências nos seus períodos de descanso para que possa gozar do seu tempo livre e desenvolver-se fisicamente, moral e intelectualmente, sendo esse direito indispensável para o seu bem-estar e sua saúde, devendo haver equilíbrio entre trabalho e lazer para que não haja desrespeito ao direito da desconexão, que como vimos é fundamentado por normas constitucionais, e conseqüentemente não haja ofensa aos direitos fundamentais do cidadão.

A facilidade da comunicação proporcionada pelos avanços tecnológicos tem provocado desrespeito ao direito de desconexão, pois possibilita que o empregador fiscalize e mantenha contato com o trabalhador além dos limites de duração do trabalho, o que ocorre notoriamente na órbita do teletrabalho, conforme veremos no item a seguir.

3. O DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO A PARTIR DA LEI 13.467/2017

A inserção da tecnologia na vida das pessoas provou inúmeras transformações sociais, inclusive causou também reflexos nas relações de trabalho, tendo em vista que deu origem ao surgimento da modalidade de teletrabalho, permitindo que o trabalhador preste serviços fora do estabelecimento do empregador por meio dos recursos tecnológicos.

Diante disso, o uso desenfreado dos recursos tecnológicos em conjunto com o exercício inadequado e ilimitado do poder de direção do empregador, a fim de promover o crescimento econômico da atividade empresarial, causaram danos a vida privada do trabalhador, prejudicando o convívio social e os projetos de vida deste.

O teletrabalho diferencia-se das demais modalidades de trabalho, sendo uma modalidade especial de trabalho a distância, sendo prestado fora do estabelecimento do empregador, com a utilização das tecnologias da comunicação e informação (OLIVEIRA NETO, 2015, p. 79).

Para a Organização Internacional do Trabalho o conceito de teletrabalho é “forma de trabalho efetuada em lugar distante do escritório central e ou do centro de produção, que permita a

separação física e que implique o uso de uma nova tecnologia facilitadora da comunicação” (DI MARTINI, 1990, p. 471).

A modalidade de teletrabalho surgiu no ano de 1957, quando a empresa Pennsylvania Railroad Company, proprietária da estrada de ferro administrou o trabalho à distância por meio do sistema telégrafo. No entanto, foi com a crise do petróleo em 1970 que a ideia de levar o trabalho para casa ganhou força e começou a ser desenvolvido, principalmente por meio dos estudos de Jake Niles, considerado o pai do teletrabalho (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 92).

A partir de então, com o crescente uso da tecnologia, passou-se a diversificar o lugar de trabalho, utilizando novas formas de produção de bens e serviços.

No Brasil, não havia legislação que regulamentasse essa modalidade laboral até que a Lei nº 12.551/2011 que apenas tangenciou o tema, alterando o artigo 6º da Consolidação das Leis Trabalhistas para modificar seu caput, igualou o trabalho presencial ao trabalho a distância, acrescentou-lhe também um parágrafo no qual atribuiu aos comandos e controles telemáticos eficácia idêntica aos presenciais, especialmente para fins de identificação do elemento subordinativo, caracterizador da relação empregatícia.

Com o advento da lei 13.467 em 2017, conhecida como lei da reforma trabalhista, que entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, foi formalmente reconhecida e regulamentada a modalidade de teletrabalho, nos artigos 75-A a 75-E.

O teletrabalho está conceituado no artigo 75-B da CLT, nos seguintes termos: “Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo” (BRASIL, 2017).

De acordo com (OLIVEIRA NETO, 2018, p. 97) o teletrabalho pode ser *off line*, sem conexão eletrônica, ou *one way line*, realizado com o uso de software, sendo o resultado entregue por meio de correio eletrônico, ou ainda pode ser *on line*, ocorrendo a conexão permanente entre a base e o computador central.

Vale ressaltar que a nova legislação também incluiu o inciso III no artigo 62 da Consolidação das Leis do Trabalho, ficando claro que as normas que regulamentam a jornada de trabalho não se aplicam aos empregados sujeitos ao teletrabalho.

Neste sentido, os empregados contratados na modalidade de teletrabalho, não possuem o direito às horas extras, adicional noturno e horas por supressão de intervalo, porque considera-se que é inexistente o controle de jornada de trabalho.

No entanto, sabe-se que é possível o monitoramento dos teletrabalhadores pelos meios telemáticos, inclusive em forma mais acentuada, pois existem instrumentos como câmeras,

microfones, software, correios eletrônicos, registros de logon e logoff nos sistemas empresariais, smartphones, entre outros que permitem aferir em tempo real a produção e a produtividade, a realização ou não do serviço, a emissão de relatórios e o oferecimento de instruções, e outras tarefas.

A possibilidade de fiscalização por meios tecnológicos é atestada por Resedá (2007, p. 10):

A tecnologia avança em passos rápidos e diversos são os softwares que podem ser utilizados para realizar a fiscalização serviço prestado pelo funcionário, mesmo em sua própria residência. Ademais, a facilidade de comunicação imprime uma maior vigilância ao funcionário. A mobilidade com que a Internet pode ser acessada nos dias atuais torna ainda mais complexa a rede de possíveis variáveis de controle. Assim, além do trabalho nos escritórios há ainda a possibilidade de envio das tarefas laborais para dentro da casa e da vida privada dos assalariados.

Neste contexto, ao excluir o teletrabalhador do regime de jornada de trabalho, o legislador praticou uma conduta de retrocesso dos direitos fundamentais, visto que é mister do direito do trabalho limitar a jornada de trabalho, garantir o repouso semanal remunerado, o descanso, o lazer, o adicional de horas extraordinárias, de acordo com os parâmetros constitucionais.

Dessa forma, é possível asseverar que pode existir o controle virtual pelo empregador em detrimento do teletrabalho, sendo temerário a inserção do mesmo no artigo 62 da CLT, pois é evidente os riscos de violação aos direitos de desconexão e lazer, podendo levar ao dano existencial, no qual a vítima é impossibilitada de realizar seu projeto de vida e de ter convívio social.

O dano existencial trata-se de um dano imaterial, que tem como elementos o dano ao projeto de vida ou a vida de relações, o primeiro refere-se as escolhas do cidadão em relação ao futuro. Segundo Schäfer e Machado (2013, p. 189):

No dano ao projeto de vida é justamente a liberdade de agir da pessoa que é tolhida pelo agente que termina por impedir o desenvolvimento da personalidade da vítima de acordo com a vontade desta. Projeto de vida é o rumo ou destino que a pessoa outorga à sua vida, aquilo que a pessoa decide - e pode - fazer da sua vida. O dano ao projeto de vida ocorre quando se interfere no destino da pessoa, frustrando, aviltando ou postergando a sua realização pessoal.

Já quanto ao dano a vida de relações, é a que interfere na vida social e até profissional do cidadão, pois o impede de ter relações interpessoais e de ter contato com prazeres essenciais para o desenvolvimento humano. Neste sentido Boucinhas Filho e Alvarenga (2013, p. 33):

Quanto à vida de relação, o dano resta caracterizado, na sua essência, por ofensas físicas ou psíquicas que impeçam alguém de desfrutar total ou parcialmente, dos prazeres propiciados pelas diversas formas de atividades recreativas e extralaborativas tais quais a prática de esportes, o turismo, a pesca, o mergulho, o cinema, o teatro, as agremiações recreativas, entre tantas outras.

De acordo com Almeida Neto (2005, p. 32) “O dano existencial, em suma, causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade – no aspecto de felicidade e bem-estar – comparada àquela antes de sofrer o dano, sem

necessariamente importar em um prejuízo econômico”.

Assim, para a configuração do dano existencial é necessária uma frustração na realização de um projeto de vida ou de conviver socialmente, conforme ocorre quando um trabalhador é submetido a uma jornada de trabalho excessiva que o impede de ter lazer, de ter convívio familiar e social, ou ainda quando há conexão com o trabalho em momentos de descanso.

Diante disso, a não desconexão do trabalho pode provocar inúmeros prejuízos ao teletrabalhador que por muitas vezes é exigido em períodos de descanso pelo empregador, que pelos meios telemáticos exerce seu poder fiscalizatório de modo excessivo e acaba privando o trabalhador de estar desconectado do trabalho, de ter lazer, de realizar seus projetos pessoais ou viver em sociedade de forma plena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível verificar que a modalidade de teletrabalho vem crescendo nos últimos anos, principalmente em decorrência dos avanços tecnológicos, cabendo ao direito adequar-se a essa nova realidade e regulamentar essa espécie de trabalho a distância a fim de preservar os direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos de desconexão, lazer, limitação da jornada de trabalho e convívio social. E, finalmente, com o advento da Lei 13.467/2017, conhecida como lei da reforma trabalhista, essa modalidade foi regulamentada de forma específica, porém, referida lei excluiu os teletrabalhadores do regime de jornada de trabalho, uma vez que o legislador entendeu que é inexistente o controle de trabalho nesses casos.

Contudo, conforme sabemos é evidente que por meio dos recursos tecnológicos o empregador pode exercer o controle virtual e inclusive exceder em seu poder fiscalizatório, violando direitos fundamentais, o da desconexão, que conforme vimos fundamenta-se na própria Constituição Federal, nos direitos de lazer, ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, no princípio da dignidade humana, no direito a limitação da duração de trabalho, podendo acarretar em sérios prejuízos e em ocorrência do dano existencial.

Desta forma, é preciso evitar a conexão do trabalhador de forma constante, havendo limitação no poder diretivo e fiscalizatório do empregador, a fim de assegurar direitos fundamentais.

O surgimento do teletrabalho, como resultado concreto das mudanças dos métodos de trabalho fomentados pela tecnologia, não pode ser utilizado como instrumento de depredação da atividade laboral do indivíduo, pois estar-se-ia retomando aos primórdios em que o que importava era a obtenção de lucro a qualquer custo. Devendo, na verdade, ser frisado que o tempo em que o trabalhador está disponível ao trabalho, também é tempo de vida, devendo as normas e operadores

mobilizarem-se para promover o efetivo amparo do trabalhador neste aspecto.

Nesta vereda, conclui-se pela imprescindibilidade do direito à desconexão nos dias atuais, como instrumento de efetivação de direitos fundamentais dos trabalhadores, proporcionando-lhes, concretamente, o direito de não trabalhar em momentos de descanso, de planejar seus projetos de vida, de se desenvolver individual e socialmente, de viver e não apenas sobreviver, de ter o trabalho como fonte de sustento e não de perecimento.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de, e SEVERO, Valdete Souto. **DIREITO À DESCONEXÃO NAS RELAÇÕES SOCIAIS DE TRABALHO**. LTr, Julho, 2014. Disponível em <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/5009.pdf>.

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial – A tutela da dignidade da pessoa humana**. [S.l.: s.n.], 2005. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 2, n. 22, p. 26-51, set. 2013. Disponível em: <https://ead.trt9.jus.br/moodle/pluginfile.php/24242/mod_resource/content/1/Revista%20Eletr%C3%B4nica%20%28SET%202013%20-%20n%C2%BA%2022%20-%20Dano%20Existencial%29.pdf>. Acesso em: jul. 2018.

BRASIL, **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>> . Acesso em: jul. 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, de 13 de julho de 2017**. Brasília: Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: mai. 2019.

BRAGA, Eduardo Souza. **Direito à desconexão do trabalho como instrumento de proteção à saúde do trabalhador**. 2015. 163 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11449/136054>>. Acesso em: jul. 2019.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; MOURA, Analice Schaefer de Moura. A PROTEÇÃO AO DIREITO À DESCONEXÃO E DANO EXISTENCIAL NO TELETRABALHO A PARTIR DAS ALTERAÇÕES DA CLT PELA LEI Nº 13.467/2017. **In: IV Mostra de Pesquisa de Direito Civil Constitucionalizado**, 2017. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/ecc/article/view/17743>>. Acesso em: jul. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho/ Maurício Godinho Delgado**, - 10 ed. – São Paulo; LTr, 2011.

DI MARTINO, Vittorio; WIRTH Linda. **Teletrabajo: un nuevo modo de trabajo y de vida.** In: **Revista Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, v. 109, n. 4, 1990.**

FOGLIA, Sandra Regina Pavani. **Lazer e Trabalho: Um enfoque sob a ótica dos direitos fundamentais.** São Paulo: LTR, 2013.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais na relação de emprego. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 17 – jan./jun. 2011. Disponível em: <[http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_\(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-033-Artigo_Carlos_Henrique_Bezerra_Leite_(Eficacia_Horizontal_dos_Direitos_Fundamentais_na_relacao_de_Emprego).pdf)>. Acesso em: mar. 2019.

LIMA, Fábio Nunes de. **A redução da jornada de trabalho como fator implementador do direito à saúde e ao lazer do trabalhador.** 2013. 132 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/6169>>. Acesso em: jul. 2019.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. Direito de desconexão frente às novas tecnologias no âmbito das relações de emprego. In: **Arquivos do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior**, v. 39. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, 2015. p. 79-102. Disponível em: <<http://www.institutocesarinojunior.org.br/revista%20vol%2039.pdf>>. Acesso em: jul. 2019.

OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. **Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação/** Célio Pereira Oliveira Neto. – São Paulo: LTr, 2018.

RESEDÁ, Salomão. **O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/23040-23042-1-PB.pdf>. Acesso em julho de 2019.

SCHÄFER, Gilberto; MACHADO, Carlos Eduardo Martins. A reparação do dano ao projeto de vida na corte interamericana de direitos humanos. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 179-197, janeiro/junho de 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/340/315>>. Acesso em: 11 jul. 2018.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio R.. A eficácia dos Direitos Fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. In: **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, v. 77, p. 60-101, 2011.

SOUZA, Patrícia Borba de. **O direito fundamental ao lazer dos trabalhadores: uma discussão teórica.** Dissertação submetida à Universidade Metodista de Piracicaba para a obtenção do título de Mestre em Direito. Orientadora: Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis. 2013. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/16082013_101035_patriciaborbadesouza.pdf>. Acesso em: jul. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SÜSSEKIND, Arnaldo, TEIXEIRA FILHO, João de Lima. **Instituições de direito do trabalho/ Arnaldo Süssekind ... [etal.]. – 18.ed. atual. / por Arnaldo Süssekind e João de Lima Teixeira Filho. – São Paulo: LTr, 1999.**

MAIOR, Jorge Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. **Revista do Direito Trabalhista, Brasília, v.10, n.9, 2003.** Disponível em:

<https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em: jul. 2019.

TIBALDI, S.; PESSOA, C. DIREITO FUNDAMENTAL AO LAZER: PERSONALIDADE E DESCONEXÃO DO CIDADÃO-TRABALHADOR. **Revista Paradigma**, v. 26, n. 2, 7 dez. 2017. Disponível em: < <http://revistas.unaerp.br/index.php/paradigma/article/view/865>>. Acesso em: jul. 2019.

DIREITO À ALIMENTAÇÃO E OS DESAFIOS PARA A EFETIVAÇÃO NO CENÁRIO CONTEMPORÂNEO

Bruna Caroline Lima de SOUZA¹
Dirceu Pereira SIQUEIRA²

RESUMO

O direito à alimentação se mostra como um direito de suma importância na vida das pessoas, na medida em que traz em si um caráter pluridimensional, visto ser essencial à própria manutenção da vida e um pressuposto intrínseco a diversos outros direitos essenciais como saúde, educação, cultura, etc. Sua importância ainda se dá em razão da dignidade da pessoa humana ser o fundamento da República Federativa do Brasil e o núcleo essencial dos direitos da personalidade, de modo que só se faz possível a concretude de ambos se há a efetivação do direito à alimentação à toda a população. Desta forma, o presente artigo visou, de forma geral, apresentar o direito à alimentação no cenário nacional e alguns elementos que o envolve, e como objetivo específico a busca por mecanismos que possam efetivar o direito à alimentação no seio social e qual a eficácia que os instrumentos existentes nesse sentido possuem no cenário contemporâneo. Para tanto, utilizou-se da metodologia pautada na revisão bibliográfica em livros, artigos, teses e dissertações contidas em base de dados nacional e internacional. Concluiu-se ao final se tratar de um direito de suma importância por diversas razões, bem como que, em que pese o Brasil tenha criado políticas públicas satisfatórias para a sua efetivação, estas encontram-se em um período de declínio, evidenciando um nítido retrocesso social.

PALAVRAS CHAVE: Direitos sociais; políticas públicas; dignidade da pessoa humana; nutrição; direitos da personalidade.

ABSTRACT

The right to food is shown as a very important right in the life of the people, because it has a multidimensional character, since it is essential to the maintenance of life itself and a prerequisite intrinsic to several other essential rights such as health, education, culture, etc. Its importance is still due to the dignity of the human person being the foundation of the Federative Republic of Brazil and the essential core of the rights of the personality, so that it is only possible the concreteness of both if the right to food at all the population. In this way, the present article aimed, in general, to present the right to food in the national scenario and some elements that surround it, and as a specific objective the search for mechanisms that can effect the right to food in the social sphere and how effective the existing instruments in this sense have in the contemporary scenario. For that, the methodology based on the bibliographic review was used in books, articles, theses and dissertations contained in national and international database. It was concluded at the end that this is a very

1 Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da CAPES; Bacharel em Direito pela mesma Instituição, na condição de bolsista PROUNI; Endereço eletrônico: brunacarolinelimadesouza@gmail.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, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

important right for a number of reasons, and that, despite the fact that Brazil has created satisfactory public policies for its implementation, these are in a period of decline, evidencing a clear setback Social.

KEYWORDS: Social rights; public policies; dignity of human person; nutrition; rights of the personality.

INTRODUÇÃO

A temática acerca dos direitos das pessoas permanece em constante debate, não só na defesa de novos direitos que se adequem à realidade social que encontra-se constantemente em modificação, mas também na reafirmação da importância de direitos já conquistados historicamente (muitas vezes fruto de inúmeras lutas) e que continuam a expressar importância na vida das pessoas, devendo permanecer constantemente entre a pauta de direitos à serem efetivados pelo Estado, prioritariamente.

Nesse último cenário é que se encontram os direitos fundamentais sociais, e de modo mais específico, o direito à alimentação, foco do presente artigo, tendo em vista tratar-se de direito de suma importância para a própria sobrevivência e vida daqueles que são a própria razão de ser de qualquer Estado: as pessoas.

A sua importância não se limita ao caráter nutricional que envolve o ato de alimentar-se, uma vez que se trata de um direito com nítido caráter pluridimensional, na medida em que se correlaciona com inúmeros direitos também essenciais à vida humana, principalmente quando o que se vislumbra é a vida vivida de forma digna, como o direito à saúde, à moradia, ao trabalho, à cultura, à educação, entre outros.

De tal modo, e reconhecendo toda a amplitude que está envolta ao direito à alimentação, é que o presente artigo objetivou de forma geral, apresentar o direito à alimentação no cenário nacional e alguns elementos que o envolve, como o tratamento dado ao mesmo pela ordem jurídica, a importância desse direito para a concretude da dignidade da pessoa humana e seus reflexos nos direitos da personalidade, e como objetivo específico a busca por mecanismos que possam efetivar o direito à alimentação no seio social e a análise da eficácia que os instrumentos existentes nesse sentido possuem no cenário contemporâneo.

Como forma de trabalhar o assunto objeto do artigo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, o qual se viu mais adequado para o estudo em foco, de modo que a pesquisa iniciou com um panorama geral acerca dos direitos sociais e do tratamento constitucional reservado aos mesmos, passando-se posteriormente a análise sobre direito à alimentação em si, no qual adentrou-se a forma como é tutelado esse direito na esfera internacional e nacional, a sua importância na vida

das pessoas e no exercício de diversos outros direitos, bem como nos seus reflexos dentro dos direitos da personalidade e, por fim, traçou-se um panorama acerca dos instrumentos de efetivação desse direito, delineando sobre políticas públicas já existentes que visem tal objetivo e qual a eficácia que as mesmas estão tendo nessa tarefa.

Para tanto, fundamentou-se na metodologia pautada na revisão bibliográfica, utilizando-se de livros, artigos, teses e dissertações, físicos e eletrônicos, disponíveis em base de dados nacionais, bem como de artigos e documentos contidos em plataformas estrangeiras, com o fim de aferir todos os aspectos que envolveu, como forma de aferir qual o tratamento recebido por tal direito no ordenamento jurídico, qual a importância que o mesmo possui para as pessoas e sociedades, quais os direitos que a ele estão interligados e quais os instrumentos existentes para a sua efetivação no cenário brasileiro.

1 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: PREVISÃO E IMPORTÂNCIA

O Brasil, assim como o mundo de forma geral, e em especial o ocidente, passou por inúmeras reformas em suas estruturas ao longo da história, principalmente no que tange ao Estado e suas funções, de modo que tais transformações sempre refletiram diretamente na sociedade, na mesma medida em que esta - a sociedade - também exerceu por vezes o papel de agente transformadora e cobrava mudanças em suas bases estatais quando vislumbrava tal necessidade.

E foi em um desses cenários de necessidade social por mudanças, principalmente no que tange ao reconhecimento de direitos, que nasceu a ideia de direitos fundamentais, atrelada principalmente ao advento da dignidade da pessoa humana como um valor axiológico intrínseco à própria pessoa e que situa-se “na condição de valor informador de toda a ordem jurídica”³, necessitando-se, assim, de direitos que efetivassem tal valor.

Neste diapasão, a Doutrina converge no sentido de que os direitos fundamentais são marcados por dimensões (ou gerações), uma vez que o que se visualiza na história foi um progressivo e contínuo reconhecimento de direitos às pessoas.

Assim, tem-se a primeira dimensão de direitos fundamentais, que são conhecidos como aqueles atrelados à liberdade, quais sejam, os direitos civis e políticos, que traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa, têm por titular o indivíduo, apresentam oponibilidade ao Estado, e que o traço mais característico se dá ao fato de ostentarem uma subjetividade, conforme bem explicita Bonavides, que afirma ainda serem estes direitos de resistência ou de oposição perante o Estado⁴.

3 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7.ed. rev. atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 93.

4 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 563-564.

Enquanto os direitos de primeira geração dominaram o século XIX, o século XX foi marcado pela ascensão dos direitos de segunda dimensão, que nasceram atrelados ao princípio da igualdade, e possuem como foco os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades. Tais direitos passaram a ser introduzidos no constitucionalismo dos Estados justamente no período que germinou a ideologia antiliberal do século XX e ascendia a ideia de Estado social⁵.

Em que pese os direitos de segunda dimensão tenham obtido foco no século XX, não há unanimidade na doutrina no que tange a evolução geracional dos direitos fundamentais, tendo inclusive diversas críticas da doutrina ao termo “geração de direitos fundamentais”, uma vez que tratou-se mais de um processo contínuo e interligado de ascensão de direitos, em caráter de complementaridade⁶ do que de uma geração de direitos propriamente dita. Nesse sentido de que os direitos fundamentais não se deu de forma linear, afirma Gerardo Pisarello que direitos sociais foram vistos como requisito necessário à dar conteúdo material aos direitos civis e políticos, enquanto estes atuaram como instrumentos indispensáveis no asseguramento dos direitos sociais⁷.

Nesta mesma linha, infere-se dos ensinamentos de Norberto Bobbio:

A mais fundamentada razão da sua aparente contradição, mas real complementaridade, com relação aos direitos de liberdade, é a que vê nesses direitos uma integração dos direitos de liberdade, no sentido de que eles são a própria condição do seu exercício efetivo. Os direitos de liberdade só podem ser assegurados garantindo-se a cada um o mínimo de bem-estar econômico que permite uma vida digna.⁸

Ademais, insta ressaltar que os direitos fundamentais de segunda geração, dentre os quais se inclui os direitos sociais, foco do presente trabalho, foram inicialmente remetidos a uma esfera programática, justamente em virtude de sua natureza de direitos que exigem do Estado atuação positiva, uma prestação material⁹, diferentemente dos direitos civis e políticos que se apresentam muito mais como direitos negativos em face do Estado, que tem como obrigação de não invadir a esfera da vida privada e a liberdade das pessoas. Nesse sentido leciona Canotilho:

Daí a problemática dos direitos sociais que, ao contrário do que a teoria liberal defendia, não postula a abstinência estadual, antes exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concedida não como um limite mas como um fim do Estado.¹⁰

Assim, a atuação do Estado na efetivação de direitos sociais é de precípua importância, não

5 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

6 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 31 (e-book).

7 PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 25. *Apud*: KELBERT, Fabiana Ockstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 21-22.

8 BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 226-227.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564.

10 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 519.

podendo tais direitos ficar na esfera meramente formal, como o que acontece ao entender tais direitos apenas como uma norma programática, que só será efetivada quando o Estado e seus governantes bem aprover.

Desta forma, verifica-se que essa concepção dos direitos sociais enquanto norma programática foi perdendo espaço, o que ocorreu na medida em que as Constituições mais recentes, no qual se inclui a brasileira (1988), “formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira”¹¹.

Neste ínterim, se antes os direitos sociais eram tidos apenas como normas programáticas, hoje, integrando-se ao rol de direitos fundamentais, eles são imperativamente normas de aplicação imediata, que devem ser efetivadas pelo Estado, sob pena de violação ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, eis que este é o principal substrato sobre o qual erigiu os direitos fundamentais.

Nessa perspectiva, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou em vários aspectos se comparada às constituições brasileiras anteriores, e uma dessas inovações se deu em razão de ter integrado os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, ao incluí-los, de modo expresso, no título II da mesma, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tratando, assim, os direitos sociais expressos no artigo 6^o¹² como verdadeiros direitos fundamentais, os quais possuem aplicação imediata, conforme preleciona o art. 5^o, §1^o da CF/1988¹³.

A Carta Magna Brasileira atribuiu importância aos direitos sociais não só ao situar os mesmos dentre os direitos fundamentais, mas também observa-se a necessidade destes para atingir os próprios objetivos da República Federativa do Brasil, uma vez que só se torna possível “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3^o, I, CF/88), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3^o, II, CF/88), “erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3^o, III, CF/88) e, “promover o bem de todos, sem preconceitos [...]” (art. 3^o, IV, CF/88), se vislumbrar a efetivação dos direitos sociais como o caminho hábil para atingi-los, pois impossível se falar em um desenvolvimento nacional ou erradicação da pobreza ou redução das desigualdades, por exemplo, sem que haja uma educação de qualidade e efetiva, ou uma saúde e alimentação de acesso à todos, ou sem a garantia de trabalho para a população. Todos esses

11 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 564-565.

12 Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

13 Art. 5^o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 1^o As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

objetivos perpassam, de alguma forma, por um ou mais direitos sociais como uma ponte para alcançá-los.

Nesse aspecto, colaciona Kelbert que “admite-se hoje que os direitos sociais são meio de atingir os valores eleitos pelo constituinte, especialmente porque são direitos que visam à igualdade e à melhoria das condições de vida da população em geral”¹⁴.

Ainda nessa linha de pensamento, argumenta Maria Paula Dallari Bussi que os direitos sociais são

direitos-meio, isto é, direitos cuja principal função é assegurar que toda pessoa tenha condições de gozar os direitos individuais de primeira geração. Como poderia, por exemplo, um analfabeto exercer plenamente o direito à livre manifestação de pensamento? Para que isso fosse possível é que se formulou e se positivou nos textos constitucionais e nas declarações internacionais o direito à educação. Na mesma linha, como pode um sem-teto exercer o direito à intimidade (art. 5º, X, da Constituição brasileira)? Isso será uma ficção enquanto não lhe for assegurado o direito à moradia, hoje constante no rol de direitos sociais do art. 6º da Constituição. E assim sucessivamente.¹⁵

Assim, tem-se que os direitos sociais são de suma importância para o asseguramento e efetivação dos direitos de primeira dimensão, pois o exercício pleno dos direitos civis e políticos dependem não apenas de uma atitude negativa do Estado no sentido de não violá-los, mas também da ação positiva do mesmo garantindo direitos que sem os quais não é possível garantir uma vida digna, como é o caso da saúde, alimentação, moradia, educação, trabalho.

Acerca da importância da efetivação de tais direitos para a concretização da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, Sarlet explica que os “direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana”¹⁶.

De tal modo, vislumbra-se a essencialidade da concretização dos direitos sociais seja porque são direitos que pressupõem a própria concretização da dignidade da pessoa humana, seja pelo fato de ser só através da efetivação dos mesmos que é possível se falar no pleno acesso das pessoas ao exercício dos direitos individuais, como a vida (digna), integridade física, liberdade, entre outros. Nesse sentido, Silva preleciona que:

[...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se conexam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida

14 KELBERT, Fabiana Ockstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 34.

15 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 3.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 7.ed. rev. atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 100.

em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.¹⁷

Nesse sentido, é possível relacionar os direitos sociais com os próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da mesma, em especial com o que se refere a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, CF/88), na medida em que efetivar direitos sociais como saúde, educação, moradia, alimentação, etc., está intimamente ligado a uma promoção da igualdade dos menos favorecidos que, sem uma prestação estatal nesse sentido, acabariam por não ter acesso à nenhum desses direitos tão necessários à promoção humana e ao pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, o que confirma ainda mais a essencialidade de atribuir eficácia imediata aos mesmos e a atuação do Estado no sentido de concretização desses direitos.

2 DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO: PREVISÃO, IMPORTÂNCIA E REFLEXOS NOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O direito à alimentação pode ser conceituado como o direito de “ter um acesso regular, permanente e livre à alimentação suficiente e adequada, que assegure a realização física e mental, individual e coletiva, de uma vida digna”¹⁸ e se refere à um dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Brasileira. Todavia, ele não deve ser entendido apenas como o ato rotineiro de ingestão de alimentos, vai muito além, pois se refere a um direito de suma importância à própria promoção humana, e intimamente ligado à diversos direitos como o direito à vida digna, à saúde, à integridade física, ao pleno desenvolvimento da personalidade e envolve inclusive fatores culturais, mostrando-se assim como um direito pluridimensional, cujo estudo é de precípua importância.

Desta forma, o presente tópico abordará um panorama geral de como o direito à alimentação é vislumbrado no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, os porquês de se tratar de um direito de importância ímpar e quais dos seus reflexos nos direitos da personalidade.

2.1 Direito à alimentação no Ordenamento Jurídico Internacional e Brasileiro

A alimentação configura uma das principais bases do desenvolvimento humano, na medida em que desempenham um papel primordial no que tange ao desenvolvimento humano, da gestação à vida adulta¹⁹, bem como em razão de ser a comida uma das necessidades básicas para a própria

17 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 258.

18 ROSA, Angélica Ferreira; SOUZA, Pollyanne Regina de. Fome: excludente do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 2, n. 2, p. 90-13, 2014 p. 92. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/36/pdf_22. Acesso em 28/06/2019.

19 MÜLLER, Marcela. **O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais** [dissertação]. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de

sobrevivência dos seres humanos²⁰, razão pela qual constitui temática objeto de previsões jurídicas tanto no âmbito nacional quanto no internacional, o qual será delineado no presente tópico.

No ordenamento jurídico internacional, a importância do direito à alimentação ganhou atenção primeira na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que constituiu-se como o primeiro instrumento a nível internacional a consagrar tal direito²¹, em seu artigo XXV, item 1, que assim dispõe:

Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, **inclusive alimentação**, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.²² (*destaque nosso*)

Todavia, tal declaração ostenta um caráter eminentemente simbólico, na medida em que não produz um efeito vinculante em relação aos países signatários, não permitindo a sua exigibilidade perante qualquer tribunal²³, de modo que tal documento ainda não era suficiente para a tutela internacional do direito à alimentação.

Deste modo, em 1966 a Assembleia-Geral das Nações Unidas elaborou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual foi ratificado pelo Brasil e entrou em vigência no país em 24 de abril de 1992, e no qual, conjuntamente com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, tornou-se o primeiro instrumento convencional que gera oponibilidade e cria obrigações nesta seara para os sujeitos de direito internacional²⁴ que o ratificarem.

O referido pacto foi além do que previu a Declaração anterior, e tratou o direito à alimentação de modo mais abrangente, estabelecendo em seu artigo 11 que:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, **inclusive à alimentação**, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. **Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito**, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento.

2. Os Estados Partes do presente Pacto, **reconhecendo o direito fundamental de toda**

Itaúna, Itaúna/MG, 2014, p. 20.

20 SIDDHARATHA, Sharma; REETINDER, Kaur. An anthropological study of food taboos among Kinnauras of Himachal Pradesh. **Discovery Science**, v. 5, n. 14, August 2013, p. 35-36, p. 35. Disponível em: http://www.discoveryjournals.org/discoveryscience/current_issue/2013/A26.pdf. Acesso em 17/06/2019.

21 KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação**: política pública, educação e gestão participativa [tese]. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2016, p. 72.

22 **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 17/06/2019.

23 MAGALHÃES, Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães. **Direito fundamental social à alimentação e a sua efetivação pelo poder judiciário** [dissertação]. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia/MG, 2012, p. 69.

24 KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação**: política pública, educação e gestão participativa [tese]. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2016, p. 73.

pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para:

- a) Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais;
- b) Assegurar uma repartição eqüitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.²⁵ (*destaque nosso*)

Assim, verifica-se que Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não previu apenas o direito à alimentação como direito de toda pessoa, como também determinou aos Estados a adoção de medidas para que haja uma efetivação do mesmo, inclusive no que se refere à proteção das pessoas contra a fome, com uma distribuição equitativa de alimentos e privilegiando a segurança alimentar.

Posteriormente ao referido pacto, em 1999, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU, visando identificar algumas questões importantes atinentes ao direito à alimentação adequada e regular o disposto no artigo anteriormente citado, apresentou o Comentário Geral nº 12, de suma importância pois traz um delineamento bem amplo do que pode ser considerado como tal direito, enfatizando, entre outras coisas, que o direito à alimentação está indivisivelmente atrelado à dignidade da pessoa humana, constituindo ainda elemento indispensável à concretização de outros direitos humanos e que deve ser visto como elemento inseparável da justiça social²⁶.

O referido documento ainda estabelece que a alimentação adequada não consiste apenas em haver disponibilidade de alimento, em quantidade e qualidade suficiente para satisfazer as necessidades humanas, mas também que este seja de qualidade (sem substâncias adversas) e aceitável a determinada cultura²⁷, o que evidencia a necessidade de aspectos que envolvem tanto a correta distribuição de alimentos entre as pessoas (o que evitaria o fenômeno da fome e desnutrição, por exemplo), como questões atinentes a segurança alimentar, alimentação saudável e respeito à aspectos culturais envolvem o ato de alimentar-se.

Neste viés, importante esclarecer que a segurança alimentar e nutricional pode ser

25 **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Assembleia-Geral das Nações Unidas. 19 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17/06/2019.

26 **General Comment Nº. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)**. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 12 May 1999, p. 2, item 4. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>. Acesso em: 17/06/2019.

27 **General Comment Nº. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11)**. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 12 May 1999, p.3, item 8: “*The Committee considers that the core content of the right to adequate food implies: The availability of food in a quantity and quality sufficient to satisfy the dietary needs of individuals, free from adverse substances, and acceptable within a given culture; The accessibility of such food in ways that are sustainable and that do not interfere with the enjoyment of other human rights*”. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>. Acesso em: 17/06/2019.

entendida como a garantia de condições dada à todos de ter acesso a alimentos básicos, seguros e de qualidade, o qual deve ser em quantidade suficiente, permanentemente e sem o comprometimento de outras necessidades essenciais²⁸, enquanto que o fator cultural que a envolve se relaciona a todas as influências culturais, políticas, geográficas, entre outras, que pode haver na alimentação de determinada população²⁹.

Ademais, ainda no que tange ao âmbito internacional de proteção ao direito à alimentação, merece destaque as principais agências criadas pela ONU com vistas a auxiliar na tutela do referido direito, qual seja a FAO (Organização das Nações Unidas para a Alimentação e Agricultura) e o PAM ou (Programa Mundial de Alimentos), no qual o primeiro tem vistas ao atendimento da fome estrutural, como aquela decorrente subdesenvolvimento de um país, enquanto o segundo trata da fome conjuntural, como aquela surgida em razão de catástrofes, por exemplo³⁰.

Quanto à proteção do direito à alimentação dentro do âmbito nacional, o mesmo encontra-se positivado na Constituição Federal, em leis infraconstitucionais e em alguns outros dispositivos pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo recebido, todavia, um reconhecimento tardio acerca do tema.

A Constituição Federal de 1988, quando promulgada, não constava o direito à alimentação de modo expresse, mesmo já havendo toda a disciplina internacional acerca da temática. Tal previsão só veio a ocorrer com a Emenda Constitucional nº 64³¹, de 04 de fevereiro de 2010, que introduziu a alimentação como um direito social, passando assim a integrar o rol de direitos fundamentais sociais previstos no art. 6º da Constituição.

Em que pese a sua inclusão expressa no rol do art. 6º da Constituição tenha ocorrido apenas em 2010, anteriormente já se fazia possível o reconhecimento do direito à alimentação, através da via interpretativa e utilizando-se da hermenêutica constitucional para tanto³², levando em consideração alguns dispositivos já presentes anteriormente na Constituição, como o próprio inciso III do art. 1º da mesma, que estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da República federativa do Brasil.

No que tange a legislação infraconstitucional, diversos dispositivos preveem o direito à

28 VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito Humano à Alimentação: desafios e conquistas**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 48.

29 SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão Cultural do direito fundamental à alimentação**. 1.ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013, p.7.

30 MÜLLER, Marcela. **O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais** [dissertação]. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Itaúna, Itaúna/MG, 2014, p. 99.

31 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010).

32 SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão Cultural do direito fundamental à alimentação**. 1.ed. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013, p.39.

alimentação de forma genérica, merecendo destaque a Lei nº 11.346/2006, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN) e a Lei nº 11.947/2009, que dispôs, entre outras coisas, sobre o atendimento da alimentação escolar.

A lei nº 11.346/2006 foi de suma importância na medida em que, antes mesmo da criação da emenda constitucional nº 64/2010, já previa o direito à alimentação adequada como um direito fundamental do ser humano (art. 2º)³³, bem como a necessidade (e o dever) do poder público garantir de modo amplo a concretização desse direito (Art. 2º, §2º, Lei n.º 11.346/2006)³⁴.

Já no que se refere a Lei nº 11.947/2009, ao prever acerca da alimentação escolar, estabeleceu que esta deve respeitar “a cultura, as tradições e os hábitos alimentares saudáveis [...]” (art. 2º, I), bem como os “hábitos alimentares, a cultura e a tradição alimentar de cada localidade [...]”, evidenciando e privilegiando, assim, a dimensão cultural do direito à alimentação.

Desta feita, verifica-se a precípua importância que o direito à alimentação tem na medida em que a sua tutela ocorre tanto no plano nacional como no internacional, com vistas ao respeito, proteção e promoção do mesmo, devendo o Estado, prioritariamente, buscar meios de garanti-lo em todas as suas dimensões, inclusive podendo contar com a colaboração internacional para tanto.

2.2 A importância do direito à alimentação e reflexos nos Direitos da Personalidade

Conforme já abordado anteriormente, o direito à alimentação encontra-se previsto em documentos da ONU como um direito humano, e na Constituição Brasileira, como um direito fundamental social, incluído no art. 6º da mesma através da emenda constitucional nº 64/2010.

Tal direito encontra-se elencado enquanto direito humano e direito fundamental em razão da sua precípua importância, tanto em questões nutricionais e de sobrevivência, que evidencia um caráter biológico, na medida em que a alimentação reside como “fonte vital das necessidades básicas de subsistência”³⁵, quanto em aspectos atinentes a seu caráter pluridimensional, uma vez que este pode refletir em diversas outras formas (e direitos), como saúde, cultura, terra, família, trabalho, moradia, entre outros³⁶.

Neste contexto, a alimentação acaba por ser um direito basilar para que quaisquer outros

33 Lei n. 11.346/06 - Art. 2º *A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano*, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população. [...] (destaque nosso)

34 Lei n. 11.346/06 - Art. 2º, §2º - É dever do poder público respeitar, proteger, promover, prover, informar, monitorar, fiscalizar e avaliar a realização do direito humano à alimentação adequada, bem como garantir os mecanismos para sua exigibilidade.

35 BARBOSA, Lirana da costa Barbosa. **Direito humano à alimentação adequada na Argentina e no Brasil: uma análise comparativa** [dissertação]. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, 2013, p. 19.

36 SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão Cultural do direito fundamental à alimentação**. 1.ed. Birigui,SP: Boreal Editora, 2013, p.118.

direitos possam ser concretizados, pois ela é crucial para o desenvolvimento físico e intelectual das pessoas. Sem uma alimentação que seja suficiente, sadia e nutritiva, não há como se ter um corpo com seu desenvolvimento máximo possível, havendo ainda o comprometimento do pleno desenvolvimento cerebral e uma insuficiência de energia para as atividades diárias das pessoas, o que compromete a saúde, o exercício da vida com dignidade, os estudos e as atividades laborativas³⁷, ou seja, reflete e prejudica inúmeros outros direitos inerentes à pessoa e o próprio desenvolvimento de sua personalidade.

De tal modo, a não efetividade do direito à alimentação de modo satisfatório acaba por violar não apenas direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos (individuais e sociais), mas também os direitos da personalidade inerentes às pessoas, uma vez que estes têm seu núcleo essencial fundado no princípio da dignidade da pessoa humana³⁸, o que também os torna constitucionalmente tutelados, na medida em que todo o ordenamento jurídico brasileiro deve ser lido e interpretado à luz desse princípio fundamental diretor que é a dignidade humana³⁹.

Os direitos da personalidade são essenciais à própria concepção de pessoa, uma vez que se referem a um conjunto de bens tão particular do indivíduo que acabam por se confundir com o próprio sujeito, constituindo manifestações da sua personalidade⁴⁰, de modo que “sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo - o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal”⁴¹.

Vale ressaltar, que a proteção da dignidade da pessoa humana, ou seja, do próprio núcleo essencial dos direitos da personalidade, não deve se dar apenas no viés negativo, protetivo, mas também no sentido promocional, com vista a efetivação do mesmo. Neste sentido é os ensinamentos de Perez Luño, o qual defende que “a dignidade da pessoa humana não constitui apenas uma garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, em sentido positivo, no pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”⁴². Acrescenta-se, ainda, que só a partir dessa efetivação é que será possível permitir o asseguramento da própria existência da esfera de autodeterminação pessoal de cada ser humano⁴³.

37 KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação**: política pública, educação e gestão participativa [tese]. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2016, p. 64.

38 BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 13.

39 SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 137.

40 BELTRÃO, Sílvio Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 24.

41 CUPIS, Adriano de. Os direitos da personalidade. Campinas- SP: Romana Jurídica, 2004, p. 24.

42 PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**, p. 318: “*La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo*”.

43 Nesse sentido: “A busca pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe que sua atuação se dê

Coadunando com essa perspectiva, contribui Sarmento:

É importante destacar que o princípio em pauta não representa apenas um limite para os Poderes Públicos, que devem abster-se de atentar contra ele. Mais do que isso, o princípio traduz um norte para a conduta estatal, impondo às autoridades públicas o dever de ação comissiva, no sentido de proteção ao livre desenvolvimento da personalidade humana, com o asseguramento das condições mínimas para a vida com dignidade.⁴⁴

Desta feita, o asseguramento do direito à alimentação enquanto direito humano, fundamental ou da personalidade, e conseqüentemente da concretização da dignidade da pessoa humana, não dependem tão somente do respeito à esse direito e de uma atuação negativa pelo Estado e pela sociedade, mas sim, faz-se necessário a formulação de instrumentos que o efetive e o promova verdadeiramente, uma vez que “um direito à alimentação verdadeiramente efetivo depende da ação e da implementação nos sistemas jurídicos nacionais”⁴⁵.

Assim, a importância da efetivação do direito à alimentação às pessoas tem natureza ímpar, seja com o fim de atribuir concretude ao princípio da dignidade, seja com o intento de garantir à elas o pleno desenvolvimento de sua personalidade, cuja responsabilidade de tal implementação é prioritariamente do Estado⁴⁶ - o que não exclui a possibilidade de atores da sociedade agir nesse sentido. Neste sentido é a lição de Fermentão:

O Estado Moderno tem como tarefa realizar a tutela dos direitos fundamentais e favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa. Assume a obrigação de respeitar os direitos individuais da pessoa, tais como o direito à vida, à liberdade, à informação, ao trabalho, ao estudo, e outros, ambos essenciais e característicos de toda pessoa humana, que tem direitos como cidadão, e, portanto, o Estado tem também o dever de promover tais direitos, eliminando qualquer dificuldade, quer econômicas ou sociais, que possam impedir o efetivo exercício dos direitos pessoais e da cidadania.

O Estado tem a obrigação de intervir e possibilitar que os interesses existenciais e individuais da pessoa humana sejam exercidos.⁴⁷

Sendo assim, verifica-se a importância do direito à alimentação (e de sua efetivação) em vários aspectos: para a manutenção da vida das pessoas, haja vista o caráter biológico que a

de modo bifrontal, em perspectiva protetiva e promocional, ou seja, garantindo o imperativo de assistência por meio da ação estatal ou coletiva, bem como garantindo uma esfera de autodeterminação pessoal, expressão da autonomia privada e da liberdade pessoal”. CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 217.

44 SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 113.

45 MCDERMOTT, Michael J. Constitutionalizing an enforceable right to food: a new tool for combating hunger. **Boston College International & Comparative Law Review**, v. 35, p. 543-574, 2012, p. 548: “*Because international treaties only require states to respect, protect, and fulfill the international right to food, a truly effective right to food relies on action and implementation in national legal systems*”. Disponível em: <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=26c10680-aa0e-4450-94eb-e4f8e0754de9%40sessionmgr101>. Acesso em: 18/06/2019.

46 SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão cultural do direito fundamental à alimentação**. Birigui, SP: Boreal Editora, 2013, p. 31-32.

47 FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia - o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 57-80, 2007, p. 75-76. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516/374>. Acesso em: 18/06/2019.

envolve; para que tenha a possibilidade de existência de diversos outros direitos tuteláveis à pessoa humana, em razão de ser um direito pluridimensional; para que a dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, possa ser concretizada; e para permitir o pleno desenvolvimento da personalidade das pessoas e de todos os direitos à ela inerentes, inclusive do direito à autodeterminação pessoal de cada indivíduo, vez que só é possível esta existir de modo pleno quando é garantida às pessoas direitos basilares como o direito à alimentação, à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, etc.

3 INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO NO BRASIL

Conforme abordado anteriormente, os direitos sociais, e em especial o direito à alimentação, são de suma importância para a efetivação da dignidade da pessoa humana e para o próprio desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, e dependem de ações positivas do Estado, prioritariamente, para que sejam concretizados. Tal efetivação, por sua vez, acaba por tangenciar a temática acerca de quais são os instrumentos existentes com tal objetivo no Brasil, o qual será objeto do presente tópico.

Primeiramente, necessário ressaltar que a efetivação de direitos fundamentais é de responsabilidade de todos os poderes (legislativo, executivo e judiciário), no que lhes couber competência, o que é instrumentalizado, em regra, por meio de políticas públicas, que pode ser considerada como o conjunto de regras, planos, estratégias, programas visando a realização dos direitos humanos, assumidos de forma parcial ou totalmente por órgãos governamentais⁴⁸ - ou por outros atores sociais, visto que “políticas públicas não podem ser reduzidas a políticas estatais”⁴⁹.

Na formulação de políticas públicas, a atuação ativa do poder legislativo e executivo é imperativo, visto que são eles os responsáveis por criarem leis que visem regular e implementar direitos, criar projetos e programas nesse sentido e executá-los, deixando a atuação do poder judiciário apenas para a seara da residualidade. Acerca dessa residualidade, Magalhães explica que “a fenda que possibilita a ingerência jurisdicional nesta seara abre-se a partir da insuficiência, da inaptidão ou da inadequação da política pública então adotada para a pronta efetivação do direito social”⁵⁰.

Assim, o poder judiciário não pode ter o papel de substituir os outros dois poderes na tarefa

48 ZIMMERMAN, Clóvis. As políticas públicas e a exigibilidade do direito humano à alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007, p. 124.

49 HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. In: **Cadernos Cedex [online]**. 2001, vol. 21, n.55, p. 30-41, p. 31. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>. Acesso em 18/06/2009.

50 MAGALHÃES, Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães. **Direito fundamental social à alimentação e a sua efetivação pelo poder judiciário** [dissertação]. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia/MG, 2012, p. 117.

a eles conferidas para a efetivação de direitos sociais, no qual se insere o direito à alimentação, mas também não deve se escusar da tentativa de efetivação quando a ele for submetido caso de violação a algum desses direitos em razão de não haver políticas públicas no sentido de concretização do mesmo, ou quando a(s) existente(s) for(em) insuficiente(s) ou inadequada(s), até mesmo pelo princípio da inafastabilidade do poder judiciário.

Superado esse contexto, necessário esclarecer que no que tange especificamente ao direito à alimentação o Brasil possui diversas ações com vistas a sua concretização. Entre essas ações merece destaque: Programa Fome Zero, que teve entre as suas ações a criação do Programa Bolsa Família; o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE); e, o Programa de Aquisição de Alimentos (PAA).

O Programa Fome Zero (PFZ - *Hunger Eradication Program*) foi um marco importante na implantação de programas que visem o combate à fome e a miséria, aliando ações consideradas como emergenciais com outras solucionáveis a longo prazo⁵¹. Entre as ações criadas por esse programa, o Programa Bolsa Família (criado em 2004) é destaque e pautou-se na política de transferência condicional de renda, prevendo a transferência de recursos monetários para famílias que encontravam-se em situação de pobreza e pobreza extrema, condicionando, em contrapartida, ao acesso dessas a serviços de saúde e educação, bem como de outras ações intersetoriais e programas complementares, e tornou-se o maior programa de transferência de renda do mundo, tendo beneficiado, no final de 2010, 12,8 milhões de famílias brasileiras com uma transferência de renda de aproximadamente R\$ 14,4 bilhões por ano⁵².

Outro programa de destaque no Brasil no que se refere ao direito à alimentação é o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que tem como objetivo, entre outras coisas, contribuir para “a formação de hábitos alimentares saudáveis à todos, por meio de ações de

51 BARBOSA, Lirana da costa Barbosa. **Direito humano à alimentação adequada na Argentina e no Brasil: uma análise comparativa** [dissertação]. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, 2013, p. 116.

52 VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de; MACHADO, Mick Lennon; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de; NEVES, José Anael; RECINE, Elisabetta; PASQUIM, Elaine Matins. Public policies of food and nutrition in Brazil: From Lula to Temer. **Revista de Nutrição**, v. 32, 1-13, 2019, p. 4: “*In the first year of the government, conditional income transfer programs were unified with the creation of the PBF. Short, medium and long-term objectives have been designed, among them: to promote access to the network of public services, especially the ones related to health, education and social assistance; combat hunger and poverty; promote FNS policies; contribute to the full exercise of citizenship and the sustained emancipation of families who are most vulnerable to hunger; and promote the intersectoriality, complementarity and synergy of the social actions of the public administration. Thus, the PBF provided for the transfer of monetary resources to families living in poverty and extreme poverty layers, the access to health services and education in the form of conditionalities, as well as intersectoral actions and complementary programs. The PBF has become the world’s largest income transfer program, absorbing most of the monetary resources earmarked for the Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutrição (PNSAN, National Policy on Food and Nutrition Security). At the end of 2010, the PBF had benefited 12.8 million Brazilian families with an income transfer of BRL14.4 billion per year*”. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v32/1415-5273-rn-32-e180161.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

educação alimentar e nutricional e da oferta de refeições que cubram as suas necessidades nutricionais durante o período letivo” (art. 4, Lei nº 11.947/2009). Ele abrange a rede pública de educação básica (em nível estadual e municipal) e escolas filantrópicas conveniadas⁵³, e se faz importante na medida em que não apenas fornece essas refeições na escola, mas também porque determina que essa alimentação seja saudável e adequada, com incentivos para que a aquisição de gêneros alimentícios seja diversificado, produzido em âmbito local e, de modo preferencial, oriundo de agricultura familiar e de empreendedores familiares rurais, o que acaba também por estimular esse tipo de produção agrícola e promover os pequenos agricultores.

O Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), por sua vez, constitui um ponto estratégico para o fortalecimento da agricultura familiar, na medida em que visa promover o acesso à alimentação e incentivar esse tipo de produção⁵⁴. O mesmo foi instituído pelo art. 19 da Lei nº 10.696/2003, como uma das ações do Programa Fome Zero, sendo posteriormente atualizado pela Lei nº 12.512/2001 e regulamentado via Decreto nº 7.775/2012, e possui como objetivo não apenas o fortalecimento da agricultura familiar, mas também diversos outros aspectos, como: a geração de renda e sustento dos preços dessa agricultura; o fortalecimento das associações e cooperativas de agricultores familiares; garantia do acesso à alimentação diversificada e segura à população; a promoção da fixação das famílias no campo; a dinamização da economia local; o incentivo ao manejo agroecológico da produção e a agricultura orgânica; entre outros⁵⁵.

Conforme se percebe, o Brasil desenvolveu diversos programas que, de forma direta ou indireta, objetivou a concretização do direito à alimentação adequada, saudável e de acesso à todos. Todavia, em que pese ter servido de modelo por muito tempo em razão dessas ações, nos últimos anos, em razão de crise econômica e mudanças de governo, a realidade tem mudado, retrocedendo todos os avanços anteriormente obtidos.

Tal panorama pode ser observado, por exemplo, nos cortes orçamentários feitos a partir de 2015, que resultaram numa redução de R\$ 70 bilhões de gastos do governo, que eram parcialmente

53 SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SANTOS, Sandra Maria Chaves dos; SANTANA, Luciana Alaíde Alves; HENRIQUE, Flavia Conceição Santos; MAZZA, Roseane Porto Dantas; SANTOS, Lígia Amparo da Silva; SANTOS, Lílian Silva dos. Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período 1995-2002.4- Programa Nacional de Alimentação Escolar. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 2681-2693, 2007, p. 2683. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n11/15.pdf>. Acesso em: 19/06/2019.

54 BARBOSA, Lirana da costa Barbosa. **Direito humano à alimentação adequada na Argentina e no Brasil: uma análise comparativa** [dissertação]. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, 2013, p.121.

55 BATISTA, Lucimar Moreira Guimarães; RIBEIRO, Sônia Machado Rocha; SANTOS, Ricardo Henrique Silva; ARAÚJO, Raquel Maria Amaral; RIBEIRO, Andreia Queiroz; PRIORE, Sílvia Eloiza; LÚCIA, Ceres Mattos Della; LANA, Rogério de Paula; GASPARONI, Gisely Peron. Percepção de agricultores familiares do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) sobre o significado de fazer parte do PAA e a sua compreensão sobre conceitos relacionados à alimentação, nutrição e saúde. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n.2, p. 494-504, 2016, p. 495-496. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v25n2/1984-0470-sausoc-25-02-00494.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

aplicados em programas e políticas sociais e que teve diversos reflexos nessas políticas públicas, como no Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), que em razão da redução dos gastos acumulou em 2016 perdas superiores a 30% (trinta por cento) em relação ao ano de 2014; ou no Programa bolsa Família, que teve em 2015 uma redução das famílias beneficiadas, o que se repetiu em 2016; ou ainda o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), que teve em 2016 uma redução de 9% (nove por cento) em relação ao ano anterior do orçamento direcionado da administração federal para os estados e município⁵⁶.

Acrescenta-se a esse cenário de crise de efetivação ao direito à alimentação, a extinção do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e a aprovação da emenda constitucional nº 95/2016, que, entre outras coisas, estabelece que o valor real das despesas governamentais com saúde e educação ficarão congelados por duas décadas⁵⁷. Ou seja, o que se vislumbra é cada vez mais um retrocesso das garantias atribuídas à direitos sociais, o que afeta diretamente as políticas públicas que instrumentalizam a busca pela efetividade do direito à alimentação à todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vislumbrando todos os aspectos trabalhados no artigo é possível concluir-se pela importância ímpar que o direito à alimentação exerce na vida das pessoas, estando entre os elementos necessários à sua própria sobrevivência vital e pressuposto ao acesso de inúmeros outros direitos importantes para a vida e para a concretização da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, demonstra-se como um direito de caráter pluridimensional, refletindo em direitos como saúde, moradia, educação, trabalho, cultura, etc., e essencial para o próprio desenvolvimento da pessoa humana em sua plenitude.

Assim, só há como se falar na própria existência da “pessoa” quando os direitos à ela intrínsecos podem ser exercidos satisfatoriamente, de modo que o direito à alimentação possui um reflexo nítido nos direitos da personalidade, em razão destes terem seu núcleo basilar fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana, e na medida em que só há como se pensar em uma vida digna quando o acesso a elementos tão básicos à vida, como a alimentação, é possível e eficiente à todos. A importância do referido direito é possível ser inferida ainda quando se observa que trata-se de um direito considerado como direito humano (tutelado pela ordem internacional),

56 VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de; MACHADO, Mick Lennon; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de; NEVES, José Anael; RECINE, Elisabetta; PASQUIM, Elaine Matins. Public policies of food and nutrition in Brazil: From Lula to Temer. **Revista de Nutrição**, v. 32, 1-13, 2019, p.8. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v32/1415-5273-rn-32-e180161.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

57 VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de; MACHADO, Mick Lennon; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de; NEVES, José Anael; RECINE, Elisabetta; PASQUIM, Elaine Matins. Public policies of food and nutrition in Brazil: From Lula to Temer. **Revista de Nutrição**, v. 32, 1-13, 2019, p.8. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v32/1415-5273-rn-32-e180161.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

fundamental (tutelado pela ordem constitucional brasileira) e da personalidade.

Desta feita, e tratando-se de um direito que depende invariavelmente de ações estatais positivas com vista a sua concretização, deve o Poder Público trabalhar regularmente no sentido de concretizá-lo por meio do planejamento e desenvolvimento de políticas públicas nesse sentido, o que deve ocorrer invariavelmente pelo poder legislativo e executivo, mediante prévio planejamento orçamentário, e apenas residualmente pelo poder judiciário, nas hipóteses de haver insuficiência, inadequação ou inaptidão da política pública existente para a efetivação do direito social em debate.

Neste viés, se visualizou ainda que as políticas públicas do Brasil que tinham esse intento se demonstraram satisfatórias por um período de tempo, havendo vários programas no sentido de erradicar a fome em um nível emergencial e também em um nível programático, estimulando, para tanto, inclusive o exercício de direitos elementares como a educação, o que favoreceu as camadas mais inferiores da sociedade. Também se mostraram importantes os programas direcionados à alimentação na educação básica, tanto no ensino municipal como estadual, bem como aqueles que visavam o estímulo ao consumo de alimentos saudáveis, da promoção da agricultura familiar e orgânica e ao consumo consciente.

Todavia, todos os avanços nessa direção encontram-se em fase de declínio, em razão das crises que assolaram o país a partir de 2015 e que culminaram em cortes governamentais substanciais em diversas áreas, em especial naquelas que visavam a efetividade de direitos sociais à população, como é o caso do direito à alimentação, saúde, educação, entre outros, revelando um verdadeiro retrocesso social nesse sentido.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Lirana da Costa Barbosa. **Direito humano à alimentação adequada na Argentina e no Brasil: uma análise comparativa** [dissertação]. 2013. 146 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia/GO, 2013.

BATISTA, Lucimar Moreira Guimarães; RIBEIRO, Sônia Machado Rocha; SANTOS, Ricardo Henrique Silva; ARAÚJO, Raquel Maria Amaral; RIBEIRO, Andreia Queiroz; PRIORE, Sílvia Eloiza; LÚCIA, Ceres Mattos Della; LANA, Rogério de Paula; GASPARONI, Gisely Peron. Percepção de agricultores familiares do Programa de Aquisição de Alimentos (PAA) sobre o significado de fazer parte do PAA e a sua compreensão sobre conceitos relacionados à alimentação, nutrição e saúde. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 25, n.2, p. 494-504, 2016, p. 495-496. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v25n2/1984-0470-sausoc-25-02-00494.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

BELTRÃO, Sílvia Romero. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. **Constituição (1988)**. 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/constituicao.htm. Acesso em: 19/06/2019.

_____. **Lei nº 11.346**, de 15 de setembro de 2006. Cria o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional - SISAN com vistas em assegurar o direito humano à alimentação adequada e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111346.htm. Acesso em 19/06/2018.

_____. **Lei nº 11.947**, de 16 de junho de 2009. Dispõe sobre o atendimento da alimentação escolar e do Programa Dinheiro na Escola aos alunos da educação básica; altera as Leis nº 10.880, de 9 de junho de 2004, 11.273, de 6 de fevereiro de 2006, 11.507, de 20 de julho de 2007; revoga dispositivos da Medida Provisória no 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, e a Lei no 8.913, de 12 de julho de 1994; e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/111947.htm. Acesso em: 19/06/2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1991

CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas- SP: Romana Jurídica, 2004.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 17/06/2019.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Direito e axiologia - o valor da pessoa humana como fundamento para os direitos da personalidade. **Revista Jurídica Cesumar- Mestrado**, v. 7, n. 1, p. 57-80, 2007. Disponível em:

<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/516/374>. Acesso em: 18/06/2019.

General Comment Nº. 12: The Right to Adequate Food (Art. 11). Committee on Economic, Social and Cultural Rights. 12 May 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/4538838c11.pdf>. Acesso em: 17/06/2019.

HÖFLING, Eloisa de Mattos. Estado e políticas (públicas) sociais. In: **Cadernos Ceddes [online]**. 2001, vol. 21, n.55, p. 30-41. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>. Acesso em 18/06/2009.

KAITEL, Cristiane Silva. **A efetividade e a elaboração legislativa do direito à alimentação:** política pública, educação e gestão participativa [tese]. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte/MG, 2016.

KELBERT, Fabiana Ockstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

MAGALHÃES, Gabriel Gomes Canêdo Vieira de Magalhães. **Direito fundamental social à alimentação e a sua efetivação pelo poder judiciário** [dissertação]. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Público)- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia/MG, 2012.

MCDERMOTT, Michael J. Constitutionalizing an enforceable right to food: a new tool for combating hunger. **Boston College International & Comparative Law Review**, v. 35, p. 543-574, 2012. Disponível em: <http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=0&sid=26c10680-aa0e-4450-94eb-e4f8e0754de9%40sessionmgr101>. Acesso em: 18/06/2019.

MÜLLER, Marcela. **O direito social fundamental à alimentação adequada e sua proteção no contexto das organizações internacionais** [dissertação]. 2014. 144 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Itaúna, Itaúna/MG, 2014.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Assembleia-Geral das Nações Unidas. 19 dez. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 17/06/2019.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución.**

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 25. *Apud*: KELBERT, Fabiana Ockstein. **Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ROSA, Angélica Ferreira; SOUZA, Pollyanne Regina de. Fome: excludente do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Direitos Sociais e Política Públicas (UNIFAFIBE)**, vol. 2, n. 2, p. 90-13, 2014 p. 92. Disponível em: http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/article/view/36/pdf_22. Acesso em 28/06/2019.

SANTOS, Leonor Maria Pacheco; SANTOS, Sandra Maria Chaves dos; SANTANA, Luciana Alaíde Alves; HENRIQUE, Flavia Conceição Santos; MAZZA, Roseane Porto Dantas; SANTOS, Lígia Amparo da Silva; SANTOS, Lílian Silva dos. Avaliação de políticas públicas de segurança alimentar e combate à fome no período 1995-2002.4- Programa Nacional de Alimentação Escolar. **Caderno Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 2681-2693, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csp/v23n11/15.pdf>. Acesso em: 19/06/2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988.** 7.ed. rev. atu. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

SIDDHARATHA, Sharma; REETINDER, Kaur. An antropological study of food taboos among Kinnauras of Himachal Pradesh. **Discovery Science**, v. 5, n. 14, August 2013, p. 35-36. Disponível em: http://www.discoveryjournals.org/discoveryscience/current_issue/2013/A26.pdf. Acesso em 17/06/2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **A dimensão Cultural do direito fundamental à alimentação**. 1.ed. Birigui,SP: Boreal Editora, 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

VALENTE, Flávio Luiz Schieck. **Direito Humano à Alimentação**: desafios e conquistas. São Paulo: Cortez, 2002.

VASCONCELOS, Francisco de Assis Guedes de; MACHADO, Mick Lennon; MEDEIROS, Maria Angélica Tavares de; NEVES, José Anael; RECINE, Elisabetta; PASQUIM, Elaine Matins. Public policies of food and nutrition in Brazil: From Lula to Temer. **Revista de Nutrição**, v. 32, 1-13, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rn/v32/1415-5273-rn-32-e180161.pdf>. Acesso em 19/06/2019.

ZIMMERMAN, Clóvis. As políticas públicas e a exigibilidade do direito humano à alimentação. In: PIOVESAN, Flávia; CONTI, Irio Luiz (coord.). **Direito humano à alimentação adequada**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2007.

DIREITO À MORADIA: UMA ANÁLISE DA COMPANHIA DE HABITAÇÃO DE LONDRINA COMO SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA

Daniela Lucca ROCHA¹
João Pedro Barione AYROSA²

RESUMO

O presente trabalho analisa a questão da efetividade do direito à moradia, o qual, por se tratar de norma programática, submete-se ao princípio da reserva do possível. Para tanto, são apresentados os conceitos de direitos de segunda dimensão, direitos sociais, direito subjetivo público e, por óbvio, direito à moradia. A problemática central da efetivação é abordada com enfoque na Companhia de Habitação de Londrina (Cohab-Ld), de modo a detalhar as influências percebidas na atividade prestada pela companhia em decorrência do modelo estrutural adotado, a sociedade de economia mista. Como base teórica, tem-se os variados dispositivos da Constituição Federal de 1988, além dos doutrinadores renomados do Direito Constitucional e Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Companhia de Habitação. Sociedade de economia mista.

ABSTRACT

This study analyzes the matter of the effectiveness of the right to housing which, because it is a programmatic norm, is subject to the principle of reserving the possible. For that, the concepts of second dimension rights, social rights, public subjective law and, of course, the right to housing are presented. The central problem of effectiveness is addressed with a focus on the Housing Company of Londrina (Cohab-Ld), in order to detail the perceived influences on the activity provided by the company as a result of the structural model adopted, the mixed economy society. As a theoretical basis, we have the various provisions of the Federal Constitution of 1988, as well as the renowned doctrinators of Constitutional Law and Administrative Law.

KEYWORDS: Right to housing. Housing Company. Mixed economy society.

INTRODUÇÃO

A atual realidade política brasileira, com o clássico confronto de ideias de direita e esquerda, somada à eleição de um governo liberal em esfera econômica, enseja questionamentos quanto à proteção dos direitos sociais em meio aos cortes de gastos. Até que ponto é possível utilizar-se do princípio da “reversa do possível” para descumprir normas constitucionais, que, embora de caráter programático, estão positivadas e devem possuir “eficácia mínima”?

Nesta análise da atividade estatal em busca da efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, tem-se por objeto de estudo a Companhia de Habitação de Londrina, que atua como auxiliadora do Poder Público por meio de uma sociedade de economia mista. Dessa relação de auxílio, destaque é dado à influência direta do modelo estrutural adotado na concretização do

1 Graduanda do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: danylurocha@gmail.com. Estagiária da Companhia de Habitação de Londrina de 08/2018 a 03/2019.

2 Graduando do 5º período do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: joabayrosa@gmail.com

direito à moradia, marcadamente híbrido, fato que resulta, conseqüentemente, na adesão de vantagens e desvantagens tanto da parcela do regime de direito privado a qual se submete, quanto à de direito público.

1. CONCEITOS FUNDAMENTAIS

Falar sobre direito à moradia é falar sobre direitos fundamentais. Tais direitos são resultado de contradições e debates em voga em um determinado momento histórico, e vão crescendo em número e extensão com o passar do tempo. A terminologia adotada pela doutrina contemporânea para abordar os diferentes grupos de direitos fundamentais é dimensão, pois evita a incorreta ideia de que, com o surgimento de novos direitos fundamentais, há a superação dos já existentes. Antes, há o aumento do rol de direitos, uma maior área a ser protegida pela consolidação destes³.

Para o debate proposto, focar-se-á nos direitos ditos de segunda dimensão. Estes são compostos pelos direitos sociais, econômicos e culturais, os quais não foram contemplados pela primeira dimensão dos direitos fundamentais. Diferentemente destes, cujo ideal era a liberdade, a ideia norteadora comum aos direitos de segunda dimensão é a igualdade. Tal fato pode ser entendido como resultado do contexto histórico que lhes deu origem: o final do século XIX e, principalmente, as primeiras décadas do século XX. Este período foi marcado por um surto industrial e, conseqüentemente, pela evolução do capitalismo no sentido da dinâmica financeira e monopolista; os quais resultaram em um pensamento crítico no tocante aos direitos trabalhistas e, mais tarde, na crise do modelo liberal⁴.

Como resposta a esse quadro, nasce o Estado de Bem-Estar Social, caracterizado pela atuação mais ativa do Estado quanto à efetivação de direitos e serviços públicos. “Nesse novo contexto, para ser alcançada, a liberdade exige a intervenção do Estado a fim de que as pessoas possam ter acesso a bens para sua própria subsistência”⁵. Assim, após a garantia da liberdade, defendida pelos direitos de primeira dimensão, buscou-se garantir, por meio da atuação do Estado, “a liberdade de usufruir dos benefícios do progresso e do desenvolvimento econômico e cultural”⁶.

Os direitos de segunda dimensão, portanto, são de titularidade do homem em sua individualidade, em face do Estado, o qual é, em consonância com os direitos de primeira dimensão, sujeito passivo, aquele de que se exige uma conduta. Como exemplos de positivação de direitos de segunda dimensão, podem-se apontar a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição

3 FACHIN, Zulmar. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2012, p. 63-64.

4 WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE; José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 8.

5 FACHIN, 2012, p. 68.

6 *Ibidem.*, p. 68.

de Weimar, na Alemanha, em 1919. No Brasil, a primeira Constituição a assegurar tais direitos foi a de 1934, sob a influência da Constituição Alemã⁷. Ainda, pode-se apontar como importante marco para os direitos de segunda dimensão o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual foi aprovado pela ONU em 19 de dezembro de 1966 e que é incorporado no Direito Brasileiro⁸.

Tratando especificamente dos direitos sociais, dentre os quais se enquadra o direito à moradia, tem-se a seguinte definição:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições matéricas mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade⁹.

Assim, concertados com os outros direitos de segunda dimensão, os direitos sociais têm como ponto fulcral a ideia de igualdade. Logo, são a base sobre a qual se é possível construir a igualdade material e desenvolver o pleno exercício da liberdade, de forma que se pode afirmar que, sem a efetivação dos direitos sociais, o exercício de outros direitos é prejudicado. A Constituição Federal vigente elenca tais direitos, de forma não exaustiva, em seu art. 6º cuja redação traz: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

É válido ressaltar, porém, que nem sempre houve essa clareza sobre o que seria um direito social. Antes da Constituição de 1988, os direitos sociais se confundiam com os direitos trabalhistas, sendo o Prof. Paulo Lobo Saraiva o primeiro doutrinador a abordar tão importante diferença; tal confusão é compreensível apesar de, atualmente, não possuir mais razão para existir, tendo em vista que os ordenamentos jurídicos anteriores não traziam de maneira expressa quais direitos eram considerados sociais¹⁰.

Questão necessária de ser abordada é a eficácia dos direitos sociais. Porém, a título de preliminar necessária, precisa-se entender o caráter programático de tais direitos e quais são as consequências desta classificação. Sobre a definição de norma programática:

(...) normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos),

7 WOLKMER; LEITE, op. cit., 2003, p. 5.

8 FACHIN, op. cit., p. 68-69.

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286-287.

10 ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 106-109.

como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado¹¹.

Assim, tais normas são caracterizadas por firmarem um dever legiferante, fato que restringe o legislador aos limites constitucionais, para desenvolver e positivar medidas públicas, por meio das quais consegue materializar os direitos previstos constitucionalmente. A respeito:

As normas programáticas, como conteúdo essencial das Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, estabelecem fins e tarefas, de caráter impositivo, a serem cumpridos pelo Estado. A concepção do Estado como Estado Social de Direito, nos termos já desenvolvidos, não prescinde da existência de normas programáticas, que conformam a função legislativa e orientam a atuação política no sentido do cumprimento dos fins e tarefas predeterminados¹².

Percebe-se, pelas definições apresentadas acima, que as normas programáticas possuem uma carga de juridicidade inegável. Elas influem na escolha de quais medidas públicas serão desenvolvidas pelo legislador e de que forma isso será feito. Assim, o entendimento aplicado às normas programáticas atualmente pode ser resumido no reconhecer tanto sua juridicidade quanto sua eficácia. Isto representa a superação de uma visão, hoje ultrapassada, na qual as normas programáticas eram tidas como um norte moral para o legislador, ao passo que não possuía em si qualquer exigência jurídica válida. Complementa-se:

Essa tese, hoje combatida seriamente, é responsável pela caracterização como programática de toda norma constitucional incômoda. Seria fácil, assim, descartar-se da incidência de uma regra, bastando tachá-la de programática e, com isso, nos termos de tal doutrina, o princípio seria posto de lado¹³.

Assim, na doutrina hodierna, que entende as normas programáticas como dotadas de eficácia jurídica imediata, direta e vinculante¹⁴, são apontadas como características das normas programáticas:

1. Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional); 2. Vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como directivas materiais permanentes, em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); 3. Vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam¹⁵.

Por fim, para sanar qualquer dúvida restante sobre a eficácia das normas programáticas, principalmente no que tange os direitos sociais, deve-se recorrer ao §1º do art. 5º, da Constituição Federal, o qual determina que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Desta forma, em que pese localizar-se topograficamente antes do art. 6º da

11 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138 apud MEIRELLES TEIXEIRA, José Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 324.

12 PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos*. São Paulo: RCS, 2005, p. 70.

13 SILVA, 2003, p. 153.

14 *Ibidem.*, p. 164.

15 PORT, *op. cit.*, p. 69-70.

Constituição Federal, os efeitos do §1º do art. 5º se estendem aos direitos ditos sociais, pois fundamentais. Logo, as normas programáticas tidas como direitos sociais são eivados de eficácia e possuem aplicação imediata. Como segue:

(...) não obstante este princípio esteja situado topograficamente como parágrafo do art. 5º da Constituição de 1988, que prevê os direitos e deveres individuais e coletivos, é objeto de seu alcance, reitere-se, todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental. Afasta-se aqui eventual interpretação restritiva que, baseada em argumentações topográficas, venha a sustentar a incidência deste princípio apenas sobre o aludido art. 5º. A partir de interpretação teleológica do texto, independentemente da topografia constitucional, o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais há de se expandir por todo texto constitucional. Vale dizer: onde se encontre um preceito definidor de direito ou garantia fundamental, estará delineado o campo de incidência do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias constitucionais¹⁶.

Portanto, os direitos sociais encontrados na Constituição de 1988 são normas programáticas cuja eficácia é imediata, sob força do §1º do art. 5º, CF. Escudar-se atrás de argumentos como o caráter moral e não jurídico das normas programáticas, ou na topografia de dispositivos constitucionais, é ignorar a teleologia das prescrições da Lei maior.

Superada tal discussão, cumpre lembrar que a competência quanto aos direitos sociais é comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, conforme o previsto no art. 23, IX da Constituição Federal. A instituição deste inciso constitucional objetiva a cooperação e solidariedade entre os entes federativos; porém, o que acaba por ocorrer no plano fático é a tentativa da pessoa federativa se esquivar de suas responsabilidades, com a justificativa que cabe a outro ente o que é de responsabilidade comum¹⁷. Isto representa grande falha no sistema jurídico e político brasileiro, pois atenta à eficácia ínsita anteriormente discutida.

Por fim, ao se tratar sobre direitos sociais, faz-se necessário apontar que, além das obrigações positivas do Estado, há autores que defendem a existência de obrigações negativas, de não fazer. Este posicionamento encontra em Sarlet seu mais influente defensor:

(...) todos os direitos são (ou podem ser) simultaneamente negativos e positivos, é que também nós seguimos adotando a hoje já prestigiada classificação dos direitos fundamentais em direito de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos). (...) assim, o direito à saúde pode ser considerado como constituindo simultaneamente direito de defesa (negativo), no sentido de impedir ingerências por parte do Estado e terceiros na saúde dos indivíduos, afastando, em suma, toda e qualquer conduta violadora do direito, bem como – e esta a dimensão mais problemática – direito a prestações (positivo). Nesta condição (de direito positivo) o direito à saúde implica a realização de políticas públicas por parte do Estado (e sociedade) que busquem a efetivação deste direito para a população, além de tornar o particular credor de prestações materiais na esfera da saúde (...)¹⁸

A menção do autor ao direito à saúde não impede a correlação e aplicação aos demais

16 PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2003, p.106-107.

17 ACCA, 2013, p. 124-125.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. Contorno do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n.56, p. 41-62, 2002, p. 51-52.

direitos ditos sociais. Desta forma, estes não se limitam à prestação positiva por parte do Estado, para a sua efetivação, mas acabam por abarcar, também, uma defesa frente ingerências de entes estatais ou de terceiros, como forma de garantia e proteção contra medidas que possam vir a lesar ou expor a perigo algum direito social. Pode-se, portanto, falar em efetivação de direitos pela salvaguarda destes perante ingerências ou erros estatais.

Finalizando as conceituações preliminares, deve-se abordar de forma mais específica o direito à moradia. Tal direito se encontrava na atual Constituição desde seu nascimento, em seu art. 23, IX, nos seguintes termos: “É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios: IX - promover programas de construção de moradias e melhorias das condições habitacionais e de saneamento básico”. Mais tarde, em 14 de fevereiro de 2000, por meio da Emenda Constitucional nº 26, este acabou por incluído ao rol de direitos sociais previsto no art. 6º, já apresentado acima. Ou seja, é previsto constitucionalmente que o direito à moradia é um direito social, com eficácia e aplicação imediata. Porém, surge a questão: o que é direito à moradia?

O direito à moradia significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e p habitar, (...). O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria¹⁹.

O direito à moradia está ligado, portanto, à ideia de habitualidade no permanecer, de uma estadia constante, que, porém, não se confunde com o direito à casa própria. Este é direito autônomo que pode ser complementar àquele, mas não confundido. Entretanto, não se limita ao direito à habitação, nem aceita esta em todas as suas formas. Para que tal direito possa ser efetivado, é necessário que a habitação seja de dimensões adequadas, que garanta a higiene, o conforto, a intimidade pessoal e a privacidade familiar. Em suma, para que haja o pleno exercício do direito à moradia, deve-se ponderar se outros direitos e princípios constitucionais estão sendo respeitados, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana (art. 1, III), o direito à intimidade e à privacidade (art. 5, X) e a casa como asilo inviolável (art. 5, XI)²⁰.

2. DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA

O vínculo existente entre o direito à moradia - como direito social e, conseqüentemente, como norma programática - e o Estado é certo. No entanto, os meios pelos quais deve ser realizada a efetivação deste direito e a responsabilidade do ente estatal nos casos de sua violação são pontos que necessitam de uma análise específica. Primordialmente, o estudo de sua forma de efetivação baseia-se no enquadramento do direito à moradia no rol de direitos subjetivos públicos, sobre os

19 SILVA, 2005, p. 314.

20 Ibidem.

quais segue explicação:

A estatuição dos direitos fundamentais individuais em face do Estado, portanto, traz consigo a ideia da exigibilidade do respeito a esses direitos, da qual o indivíduo pode se valer em caso de violação por terceiros. Surge, então, o dever correlato de observância desses direitos fundamentais, que é de cumprimento obrigatório não só pelos particulares mas também pelo Estado. Daí a ideia de direito subjetivo público, como poder de acionar determinado direito em face do Estado por intermédio da exigibilidade do cumprimento de um dever correlato, que pode consistir numa prestação negativa (abstenção) ou positiva (ação).²¹

Este enquadramento suscita controvérsia por conta do caráter programático das normas que tratam dos direitos sociais. Afinal, seria possível impor ao Estado o seu reconhecimento e respeito de modo a ocasionar sua exigibilidade pelo prejudicado em face do ente estatal? Miguel Reale²² entende que sim, uma vez que a invariante axiológica primordial, na qual está fundada todo o ordenamento jurídico, é representada pela pessoa humana, não há de se falar em isenção de pretensão ou exigibilidade de prestação quando esta é considerada essencial para a manutenção da vida. Nesse sentido, os direitos subjetivos públicos são classificados em i) natureza política e ii) caráter social. Esses últimos, de interesse principal da problemática, estão diretamente relacionados com a valorização do ser humano e dos meios que lhe permitem o acesso a dignidade. Por dignidade da pessoa humana entende-se:

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 co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.²³

Sendo assim, ao passo que o direito à moradia garante o acesso a uma vida digna, há pressuposto para dizer que este direito está agregado de subjetividade, fato que permite sua exigibilidade frente ao Estado. Porém, tal exigibilidade não é irrestrita, variando em forma, inclusive, entres os próprios direitos sociais. Como demonstra-se no caso do direito à educação cuja redação do art. 208, §1º, CF (“O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”) determina expressamente sua possibilidade de ação contra o Estado em caso de violação, isto é, o indivíduo pode ingressar com medida judicial cabível quando não consegue efetuar matrícula na rede pública a nível de ensino fundamental. Distintamente ocorre quando o indivíduo não possui moradia. Neste caso, não se pode exigir do Estado um lugar para morar, já que “ninguém tem um direito subjetivo a um lugar para habitar”²⁴ e não há previsão expressa como no direito à educação.

21 PORT, 2005, p. 80.

22 REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 249-276.

23 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

24 ACCA, 2013, p. 119.

No entanto, apesar de ser complexa a questão da subjetividade do direito à moradia, não se pode deixá-lo sem efetivação. Isto é, o fato do “violado” em tal direito não poder exigir um lugar para morar, não significa que este não deva ser efetivado. Ao passo que prescrito, junto aos direitos sociais, no documento normativo de maior relevância para o ordenamento jurídico - a Constituição Federal, o direito à moradia como quaisquer outros dispositivos constitucionais, além dotado de supremacia frente às normas infraconstitucionais, também se apresenta como determinação obrigatória tanto para os indivíduos, quanto para o Estado. Portanto, uma vez prescrito, refletem a preocupação do poder constituinte com a justiça social e constituem “o Estado brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la”²⁵. Por isso, não se pode permitir que tais garantias permaneçam letra morta ao não serem avivadas “pela prática dos poderes públicos”²⁶.

O questionamento passa, então, ao que se é possível exigir, uma vez que não um local para morar. Em resposta: são passíveis de exigibilidade políticas públicas para a concretização de seu direito, já que o “direito à moradia é entendido como um dever que o Estado tem de criar políticas públicas para atender às necessidades dos cidadãos”²⁷, a exemplo, a instituição e aplicação do programa Minha Casa, Minha Vida.

Apesar de toda a fundamentação teórica vista no sentido da busca de efetivação do direito à moradia, não se pode deixar de apresentar, também, os limites desta efetivação. Sobre isso, o princípio da reserva do possível merece destaque:

Quais são, no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob ‘reserva dos cofres cheios’ equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais se reconduz à garantia do mínimo social. Segundo alguns autores, porém, esta garantia do mínimo social resulta já no dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer desinfecção jurídico-constitucional de direitos sociais. Assim, por exemplo, o ‘rendimento mínimo garantido’ não será a concretização de qualquer direito social em concreto (direito ao trabalho, direito à saúde, direito à habitação) mas apenas o cumprimento do dever de socialidade imposto pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelo direito ao livre desenvolvimento da personalidade.²⁸

Ou seja, o direito à moradia acaba por depender da existência de capital público para que se efetive. Entretanto, não se deve permitir o uso de tal afirmação para mero descumprimento,

25 BANDEIRA DE MELLO, Celso. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista do Serviço Público*, v. 39, n. 4, p. 63-78, 1982, p. 65.

26 *Ibidem.*, p. 63.

27 ACCA, 2013, p. 119.

28 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, p. 477.

afinal, como visto, normas, mesmo que de caráter programático, ensejam a necessidade de concretização.

3. COMPANHIA DE HABITAÇÃO

Analizados os conceitos e as problemáticas que a efetivação do direito à moradia traz consigo, parte-se para um exemplo palpável da concretização deste direito social: as companhias de habitação. Para tanto, utilizar-se-á como base a Companhia de Habitação de Londrina (Cohab-Ld), devido à viabilidade geográfica e o acesso facilitado às informações internas desta sociedade de economia mista que promove atividade econômica como auxiliadora do Estado. A princípio, cumpre apresentar as finalidades da Cohab-Ld, constantes em seu estatuto social, as quais exemplificam de forma simples e clara a motivação da sociedade no sentido de promover uma função tipicamente estatal no aspecto de produção de moradia popular e concretização de normas constitucionais, conforme segue:

ART. 3º. - A COMPANHIA tem por finalidade, atendidas as normas do Sistema Financeiro da Habitação e ou Sistema Financeiro Imobiliário e diretrizes de política de desenvolvimento urbano e social do Município:

- Produção e comercialização de unidades habitacionais, principalmente as de interesse social, obedecidas as normas e critérios estabelecidos pelo Governo Municipal e pela legislação federal.
- Promoção de programas de urbanização e/ou reurbanização de áreas, principalmente as ocupadas por favelas e habitações precárias, inclusive na aquisição de terrenos, amigável ou judicialmente.
- Aquisição, urbanização, administração e venda de imóveis.
- Aquisição e venda de imóveis destinados a industrialização e que possam promover a oferta de mão-de-obra em localidades de população carente, segundo as diretrizes da CODEL.
- Apoio e execução de programas e projetos de desenvolvimento comunitário.

Essa coadjuvante do Poder Público foi instituída por meio de lei municipal, nos termos do art. 1º de seu Estatuto Social, na forma de uma sociedade de economia mista. Tal fato não se restringe à mera formalidade estrutural, uma vez que esse modelo de Administração Pública Indireta se submete ao regime de direito privado, sem deixar de, necessariamente, ter o dever de cumprir com obrigações características do regime de direito público, tudo nos termos do Título VII da Constituição Federal que trata da ordem econômica e financeira e outros dispositivos constitucionais esparsos.

A ordem econômica brasileira pauta-se nos princípios previstos no art. 170, CF, dos quais merece destaque a propriedade privada e a livre iniciativa por serem os que influenciam diretamente a norma do art. 173, § 1º, inciso II, CF, que trata da sujeição das sociedades de economia mista ao regime próprio das empresas privadas. Explica-se: ao passo que o poder constituinte elevou a propriedade privada e a livre iniciativa à norma principiológica, conseqüentemente, lhes ocasionou

à sujeição das demais regras, assim como das interpretações frente ao texto normativo.

Nesse sentido, entende-se que as exigências decorrentes destes princípios visam impedir que a intervenção do Estado na economia acabe por violá-los, fato que possui grau de possibilidade elevado uma vez que a Administração Pública possui prerrogativas que lhe favoreceriam na atuação econômica. Logo, o respeito ao art. 170, CF, é imprescindível, motivo pelo qual as empresas públicas e sociedades de economia mista devem não apenas ser regidas pelo direito privado, como também ser criadas apenas nas situações de risco à segurança nacional ou relevante interesse coletivo. A companhia de habitação, como executora das políticas públicas ligadas à efetivação do direito à moradia, enquadra-se no segundo caso (relevante interesse coletivo), pelos pontos já tratados, como a dignidade da pessoa humana.

Sobre a sociedade de economia mista é importante destacar seu conceito jurídico dado por Celso Bandeira de Mello que questiona a validade da definição dada pelo Decreto-Lei nº 200/1967, alterado pelo Decreto-Lei nº 900/1969:

(...) pessoa jurídica cuja criação é autorizada por lei, como um instrumento de ação do Estado, dotada de personalidade de Direito Privado, mas submetida a certas regras especiais decorrentes desta sua natureza auxiliar da atuação governamental, constituída sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou entidade da Administração indireta, sobre remanescente acionário de propriedade particular.²⁹

Visto na prática: a Cohab-Ld foi criada pela Lei Municipal nº 1.008, de 26 de agosto de 1965 (vocabulário “criada” em decorrência do disposto no Decreto-Lei acima citado), possui forma de sociedade anônima com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas sob o nº 78.616.760/0001-15 e se trata de entidade da Administração Pública Indireta da Prefeitura Municipal de Londrina, que possui 99% das ações com direito à voto.

Ao passo que apresentadas as razões que levaram à instituição da sociedade de economia mista com regime jurídico privado e a sua conceituação, resta analisar os pontos considerados relevantes em que se submete a cada tipo de regime e as consequências deste modelo adotado pela Cohab-Ld para a concretização do direito à moradia.

A primeira característica, decorrente do regime de direito privado, que se deve ressaltar é a flexibilidade no tocante ao exercício da finalidade da empresa, afinal, este exercício é dado “sem as travas do emperramento burocrático indissociáveis das pessoas de direito público”³⁰. Por conseguinte, embora os contratos firmados com os mutuários sigam um procedimento complexo para respeitar os ditames legais e analisar qual indivíduo encontra-se mais carente dessa política pública, este acaba por ser mais simplificado quando comparado à execução se prestada por um ente

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 190-191.

30 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 515.

da Administração Pública Direta ou Indireta se de regime de direito público. Logo, a utilidade de tal versatilidade para a efetivação do direito à moradia é de grande relevância, por permitir que o serviço seja prestado de modo mais célere. Frisa-se:

Como os órgãos estatais se encontram presos a uma infinita quantidade de controles, o que provoca sensível lentidão nas atividades que desempenha, essas pessoas administrativas, tendo personalidade de direito privado, embora sob a direção institucional do Estado, possibilitam maior versatilidade em sua atuação, quando voltadas para atividades econômicas. O Estado, através delas, se afasta um pouco de seu pedestal como Poder/bem-estar social para assemelhar-se, de certa maneira, a um empresário, que precisa de celeridade e eficiência para atingir seus objetivos³¹.

Outro ponto de influência desse regime, desvantajoso se pensado na perspectiva da concretização dos direitos sociais, porém em conformidade com os princípios constitucionais da ordem econômica, é o disposto no art. 173, § 2º, CF, quanto a impossibilidade da sociedade de economia mista gozar de privilégios fiscais não aplicáveis às demais sociedades do setor privado. Essa disposição baseia-se, principalmente, na busca pelo equilíbrio no setor econômico, de modo que as empresas estatais não tenham vantagens frente às essencialmente privadas, em decorrência das isenções fiscais típicas dos entes da Administração Pública Direta³². Não se questiona aqui a validade de tal disposto jurídico, apenas se apresentam os pontos que interferem diretamente na prestação do serviço que, embora seja tido como atividade econômica, nada mais é do que forma do Estado fornecer políticas públicas para efetivar o direito à moradia.

Assim sendo, demonstrar-se-á duas situações em que tal dispositivo ocasiona prejuízo a companhia, não apenas no sentido econômico-empresarial característico do regime de direito privado, mas também no sentido de realização de atividade de auxílio para com o Estado. Isso pode ser visto nos casos em que a fazenda pública move a execução fiscal em face da Cohab-Ld, primeiro, quando o imóvel está desocupado e, segundo, quando há um morador que firmou contrato, seja de compra e venda, seja de permissão de uso.

O prejuízo no primeiro caso se dá pelo fato da Cohab-Ld ter um gasto com o pagamento de impostos quando, por eventualidades não decorrentes da falta de interessados no imóvel, este se encontra desocupado. Desse modo, não se considera justificável que a companhia gaste para manter o imóvel ainda não contratado, quando este foi adquirido apenas para a promoção de políticas habitacional e que, apesar de tal fato ser tido como atividade econômica, não gera lucro em si para sociedade. Sem contar que pela sociedade ser bancada por recursos públicos, na realidade o que acontece é o repasse de dinheiro público para o poder público.

Mais desvantajosos ainda são os casos em que o imóvel está ocupado e o mutuário não cumpre com a obrigação contratual de permanecer adimplente com as despesas decorrentes do

31 Ibidem., p. 517.

32 CARVALHO FILHO, 2015, p. 517-526.

imóvel, tais como impostos e condomínios. Nesses casos, a Cohab-Ld também é acionada por constar como proprietária no registro geral do imóvel, já que os contratos de compra e venda do imóvel se dão na forma de alienação fiduciária e a transferência efetiva se dá apenas com o pagamento de todas parcelas, isso quando o adquirente do imóvel tem condições de arcar com as despesas registraes da escrituração do imóvel. Pode-se compreender que a cobrança nesses casos é indevida e gera prejuízo, que apesar de inerente à atividade econômica, não deveria ser arcado pela companhia que não exerce a posse direta sobre o imóvel e não pode se eximir do pagamento por conta do dispositivo legal acima citado.

Por fim, cita-se o não enquadramento na teoria da responsabilidade objetiva do Estado por meio de interpretação exclusiva do art. 37, § 6º, CF que dispõe “A pessoas jurídicas de direito privado e as de direito público prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos causados pelos seus agentes (...)”. Portanto, sendo a Companhia de Habitação de Londrina uma sociedade que realiza atividade econômica, sua responsabilidade adquire o caráter subjetivo regido pelo Código Civil e aplicável às demais empresas privadas³³. Como resultado, passa a ser necessária a comprovação não apenas da existência do dano e do nexo causal, como também do dolo ou culpa da Cohab-Ld nas ações de reparação de danos, que são recorrentes na realidade da companhia. Dessa forma, ao alegarem os danos dos imóveis adquiridos, os mutuários precisam comprovar tal dolo, mesmo que eventual, o que não tem sido entendido nos variados casos, conforme fundamentação da decisão a seguir:

Em que pese o constante no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, artigo 159 do Código Civil de 1916 e artigo 186 do Código Civil de 2002, incabível a condenação da ré em danos materiais e morais por eventuais vícios de construção no imóvel da parte autora. Consta no laudo pericial que os vícios de construção surgiram em função da baixa qualidade de materiais empregados na construção e/ou falha na construção. Ocorre que o imóvel descrito na inicial, situa-se em Conjunto Residencial construído há mais de 25 (vinte e cinco) anos, de padrão popular (dados constantes no Laudo), financiada e construída com o menor custo possível, para garantir que mutuários de baixa renda, possam adquirir o imóvel e efetuar o pagamento das prestações, muitas vezes, a prestação mensal não ultrapassa o valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), como é o caso dos autos movimentação 1.2, página 27.

A construção destes imóveis, são obviamente de baixo padrão construtivo, utilizando-se de materiais inferiores à média, o que pode ser presumido por qualquer homem comum: vide o tamanho do imóvel, valor das prestações e objetivo do programa de financiamento, que é atender as necessidades habitacionais da população de baixa renda.

A responsabilidade civil pela ocorrência de rachaduras, problemas na estrutura do imóvel, ocasionados por materiais de qualidade inferior não pode ser atribuída a parte ré eis que de conhecimento da parte autora que tais fatos poderiam ocorrer, considerando o conjunto da obra (materiais utilizados, preços e objetivo do programa), inclusive, muitos dos imóveis financiados pela parte ré, foram construídos por meio de “mutirões”, onde o próprio mutuário ajuda na construção.³⁴

33 CARVALHO FILHO, 2015, p. 539.

34 BRASIL. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Centenário do Sul, Estado do Paraná. Autos nº 0001687-41.2010.8.16.0066. Autor: Inês Amélia Maximiliano Santos. Réu: Companhia de Habitação de Londrina. Magistrado: André Luís Palhares Montenegro de Moraes. Centenário do Sul/PR. Data: 04 de outubro de 2018.

Passando às derrogações das normas de direito privado pelas de direito público, tem-se as mais variadas. No entanto, nem todas elas influem diretamente sobre a efetivação do direito à moradia, razão pela qual serão apenas citadas:

No entanto, a mesma Constituição contém normas que derogam parcialmente o direito privado, como a que sujeita essas empresas ao controle pelo Tribunal de Contas (art. 71, II e III); a que proíbe deputados e senadores, a partir da expedição do diploma, de firmarem ou manterem contrato com empresas públicas e sociedades de economia mista (dentre outras entidades previstas no dispositivo) (art. 54, I, a); a que sujeita tais entidades aos limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno, fixados pelo Senado (art. 52, VII); a que sujeita a controle pelo Congresso Nacional todas as entidades da administração indireta (art. 49, X); a que submete todas as entidades da administração direta e indireta aos princípios da Administração Pública (art. 37, caput); as que aplicam aos empregados de toda a administração indireta as normas sobre servidores constantes dos vários incisos do artigo 37; as que estabelecem normas sobre licitações e contratos administrativos (art. 22, XXVII, combinado com art. 173, § 1º, III); a que manda incluir na lei orçamentária anual o orçamento fiscal, o orçamento de investimento e o orçamento da seguridade das entidades da administração direta e indireta (art. 165, § 5º); a que exige prévia dotação orçamentária para a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, criação de empregos ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal nas entidades da administração direta e indireta (art. 169, § 1º, I)³⁵.

Como se vê, as derrogações em sua maioria são de caráter administrativo por conta da incidência de recursos públicos, além de que, apesar do regime de direito privado, a sociedade de economia mista não deixa de compor a Administração Pública Indireta³⁶. Dito isso deve-se apontar que tais normas ocasionam certa burocracia na promoção do direito à moradia. Entretanto, são de extrema necessidade, já que não se pode permitir que as sociedades de economia mista se igualem completamente às empresas de iniciativa puramente privada³⁷, fato que justifica a sujeição às normas de direito público pela manutenção do vínculo com o ente estatal criador e fornecedor de recursos³⁸.

De modo exemplificativo segue a sujeição da Cohab-Ld aos princípios da Administração Pública elencados no art. 37, caput, CF, os quais devem conduzir as atividades da companhia: “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Sobre isso, nada resta a falar além de que essa sujeição nada mais ocasiona que a promoção de políticas públicas de habitação como se deve ser. Afinal, esta deve cumprir os ditames legais que tratam sobre tal atividade. Não deve permitir que governantes e diretores utilizem a necessidade pública para promoção pessoal ou para empregar familiares na Administração Pública. Deve seguir a moral e a ética. Deve ser realizada mediante ampla publicação de seus atos para que sejam acompanhados e questionados pela população, e mais, para que a população que necessita do serviço tenha acesso à informação de como conseguiu-lo. E, por fim, deve ser eficiente em sua promoção, efetivando o direito à moradia.

35 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 1011.

36 CARVALHO FILHO, 2015, p. 523.

37 CARVALHO FILHO, op. cit., p. 517.

38 DI PIETRO, op. cit., p. 1012.

CONCLUSÃO

O direito à moradia - direito fundamental de segunda dimensão e direito social que garante à dignidade da pessoa humana – deve ser ponto focal de preocupação da sociedade e dos governantes por conta de sua importância já demonstrada neste trabalho. A busca por sua efetivação precisa ser constante, a fim de que esta norma constitucional fique sem aplicação real, afinal:

A Constituição não é um simples ideário. Não é apenas expressão de anseios, de aspirações, de propósitos. É a transformação de um ideário, é a conversão de anseios e aspirações em regras impositivas. Em comandos. Em preceitos obrigatórios para todos: órgãos, do poder e cidadãos³⁹.

Assim, o investimento em políticas públicas merece destaque, como o dado à Companhia de Habitação de Londrina, que tem promovido o acesso à moradia na região centro-norte do Paraná. Sua atividade prestada por meio de uma sociedade de economia mista possui a interferência dos regime híbrido deste tipo de ente da Administração Pública Indireta, o qual permite a adequação essencial entre a atividade econômica exercida e a prestação de serviço como auxiliar do Estado. Resta, apenas, concluir que, apesar de desvantajosa em certo aspectos para a efetivação do direito à moradia, como a questão da tributação, nada se pode falar de erro do poder constituinte ao ter assim determinado.

A harmonia entre os interesses privados e públicos é o ápice desta análise, que reconhece na figura da sociedade de economia mista um verdadeiro equilíbrio entre o respeito à ordem econômica e as necessidades decorrentes da atividade estatal, inclusive, no tocante à efetivação dos direitos sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCA, Thiago dos Santos. *Teoria brasileira dos direitos sociais*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista do Serviço Público*, v. 39, n. 4, p. 63-78, 1982.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>; Acesso em: 15 maio 2019.

_____. Vara da Fazenda Pública da Comarca de Centenário do Sul, Estado do Paraná. Autos nº 0001687-41.2010.8.16.0066. Autor: Inês Amélia Maximiliano Santos. Réu: Companhia de Habitação de Londrina. Magistrado: André Luís Palhares Montenegro de Moraes. Centenário do Sul/PR. Data: 04 de outubro de 2018.

39 BANDEIRA DE MELLO, 1982, p. 65.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra, Portugal: Almedina.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- COHAB-LD (Companhia de Habitação de Londrina), 1978. *Estatuto Social*. Londrina: Cohab-Ld. Disponível em: < <http://www1.londrina.pr.gov.br/dados/images/stories/Storage/cohab/leis/Estatuto-Social-Cohab-10-07-2017.pdf>>; Acesso em: 26 de maio de 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em <<https://docero.com.br/doc/810555>>. Acesso em 30 de junho de 2019.
- FACHIN, Zulmar. *Acesso à água potável: direito fundamental de sexta dimensão*. 2. ed. Campinas, SP: Millennium, 2012.
- PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 2003.
- PORT, Otávio Henrique Martins. *Os direitos sociais e econômicos*. São Paulo: RCS, 2005.
- REALE, Miguel. *Noções Preliminares do Direito*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Contorno do direito fundamental à saúde na Constituição de 1988. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, v. 25, n.56, p. 41-62, 2002.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato. *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA ISONOMIA NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS AOS TRANSGÊNEROS

Amanda Ellen FERREIRA¹
Laís Regina RODRIGUES²

RESUMO

O presente trabalho busca compreender e vislumbrar os direitos dos transgêneros perante a Previdência Social diante da atual legislação brasileira, a qual ainda se encontra inerte e omissa quanto a recepção e reconhecimento do sexo dos transgêneros, o que denota a ofensa aos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana, consagrados na Constituição Federal de 1988. O direito deve acompanhar as evoluções sociais e, neste sentido, a Previdência Social deve abarcar os transgêneros sem qualquer discriminação, superando a visão da legislação atual, a fim de se conceder aos transexuais o direito pleno aos benefícios previdenciários. Neste sentido, esta pesquisa se dedicou em vislumbrar os conceitos de transgênero e transexuais buscando apresentá-los ao leitor, bem como o modo que a Previdência social interage com esses indivíduos, os quais ainda se encontram marginalizados perante a legislação, se mostrando necessária a aplicação dos Princípios Constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

PALAVRAS-CHAVE: transgêneros; direito previdenciário; princípios constitucionais; isonomia; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

The present work seeks to understand and glimpse the rights of transgenders before Social Security in the face of current Brazilian legislation, which is still inert and silent about the reception and recognition of the sex of transgenders, which denotes the offense to the principles of isonomy and dignity of the human person, enshrined in the Federal Constitution of 1988. The law must follow social developments and, in this sense, Social Security must embrace transgenders without discrimination, surpassing the vision of the current legislation, in order to grant transsexuals the right pension benefits. In this sense, this research focused on the concepts of transgender and transsexuals seeking to present them to the reader, as well as how social security interacts with these individuals, who are still marginalized under legislation, if it is necessary to apply of the Constitutional Principles of the dignity of the human person and of isonomy.

KEYWORDS: transgender; social security right; constitutional principles; isonomia; dignity of human person.

INTRODUÇÃO

A comunidade LGBTIs+³ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais, Transgêneros e Intersexuais, termo popularmente conhecido como LGBT) sempre desempenhou árduos esforços no reconhecimento de seus direitos, muitas vezes básicos, para se alcançar uma

1 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), amandaellen28@hotmail.com

2 Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), lais_regi@hotmail.com

3 O sinal de + é por vezes adicionado ao final para representar qualquer outra pessoa que não seja coberta pelas letras iniciais. Durante o texto se utilizará apenas a sigla LGBT+, vez que é a mais conhecida popularmente.

igualdade jurídica perante seus semelhantes.

Muito embora haja uma evolução no direito brasileiro, como o reconhecimento da união estável e a possibilidade do casamento civil dentre pessoas do mesmo sexo e, por conseguinte, a garantia à benefícios perante à Previdência Social, os transgêneros não possuem qualquer segurança face a Previdência.

Com efeito, não há no Brasil uma legislação que beneficie os transgêneros, resguardando o sexo que este escolheu, pois, atualmente, se um transgênero feminino (pessoa que nasceu com o sexo masculino e mudou para o feminino) requerer um benefício perante a Previdência Social, em especial aposentadoria, o benefício será concedido se a pessoa atingir o tempo de contribuição e a idade pertencentes ao sexo masculino.

Tal tratamento, em não garantir aos transexuais o reconhecimento pleno do seu gênero, evidencia clara afronta aos princípios constitucionais da isonomia e da dignidade da pessoa humana, consagrados no artigo 5º, *caput*, e artigo 1º, inciso III, ambos da Carta Magna de 1988, nesta ordem.

Com isso, se buscou na primeira seção conceituar os transgêneros com fins a delimitar o foco da pesquisa, qual seja, os transexuais, bem como vislumbrar a primeira evolução no direito ao grupo LGBT que foi o reconhecimento jurídico perante a sociedade com a possibilidade da troca do sexo no assento de nascimento.

Na segunda seção, fez-se necessário esclarecer quais os benefícios previdenciários que mais são afetados pelo sistema binário, o qual delimita requisitos diferentes para a sua concessão ao homem e a mulher, tais como idade e tempo de contribuição.

Por fim, na terceira seção abordou-se os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, vislumbrando a sua relação com a concessão do benefício previdenciário aos transgêneros de forma que estes não sejam discriminados.

Assim, o objetivo do presente trabalho é justamente abordar essa discussão, problematizando acerca do reconhecimento social dos transgêneros e a necessidade do Direito Previdenciário em incorporar este grupo, o qual encontra-se marginalizado perante a Previdência Social.

1 CONCEITO DE TRANSGÊNERO

Para a composição do trabalho é necessário distinguir quais indivíduos serão abordados na presente pesquisa, tendo em vista que para a ciência da psicologia e da medicina os transgêneros podem ser diferenciados de várias maneiras, como por exemplo, pelos transexuais, travestis, *drag queens*, transformistas, *crossdresser* e inclusive os indivíduos não-binários.

Nas palavras de Vacanti (p. 190-191):

As distinções entre travestis, transexuais e drag queens já estão muito marcadas na apresentação visual desses sujeitos, e acabam ainda mais sublinhadas caso observadas suas práticas sociais. Além disso, a diferenciação entre um e outro grupo é constantemente requerida por esses sujeitos, que não pretendem confundir-se, mas, ao contrário, buscam uma espécie de diferenciação dentro da diferença, uma vez que o transvestismo, enquanto fenômeno está longe de ser a “norma” em nossa sociedade e mesmo dentro do universo homossexual. Nesse contexto, mais do que falar acerca das semelhanças entre esses sujeitos, que buscam não só se distinguirem entre si como desejam que os(as) outros(as) os(as) vejam de modos diferentes, é necessário discorrer sobre as diferenças existentes entre eles.

Nesse norte, importante ressaltar que cada gênero possui as suas características específicas, não se confundindo a pessoa do transexual com as demais, pois em relação ao primeiro há o caráter definitivo quanto à rejeição do seu aspecto físico, característica não presente nos demais. O indivíduo transexual tem como característica possuir o sexo biológico diferente do sexo físico. Peres (2001, p. 125) identifica que há uma inversão da identificação sexual, ou seja, o homem identifica-se como mulher e vice-versa.

Nas palavras de Siqueira e Pupo (2018, p. 199) percebe-se que a transexualidade não se trata de uma situação passageira, mas algo concreto que na maioria dos casos nasce com o indivíduo e perdura até o fim da vida. Dessa forma, insta salientar, que a identificação do gênero pelo transexual passa por diversas alterações ao longo da vida, como físicas, psicológicas e jurídicas, entretanto, a identificação do gênero se trata de um processo de autoconhecimento, que apesar de ser longo, é perpétuo.

Estes indivíduos geralmente buscam por tratamento hormonal permanente e/ou cirurgia de redesignação sexual, buscando uma interação física, emocional, social, espiritual e sexual. Ramnsey (1998, p. 32) esclarece que “a vontade de ter seu sexo alterado é o ponto mais característico na psique do transexual. A doutrina reconhece que tal fato ocorre desde cedo”.

Ressalta-se, por fim, que o transexual não se confunde com o travesti, pois o primeiro tem o desejo de modificar as suas características físicas através de cirurgia de redesignação sexual, já o segundo apesar de possuir características com o sexo oposto, não possui o desejo de realizar tal cirurgia.

1.1 Direitos previdenciários dos transgêneros no cenário internacional

O Brasil não é o único país a debater sobre as possibilidades e as necessidades de uma regulamentação que abarque especificamente o direito dos transgêneros face à Previdência Social, todavia, tais discussões se restringem a países que permitem e reconhecem a mudança de gênero. No caso de inexistência desta possibilidade, a chance de defender a adequação das leis previdenciárias se restringe a não mais que meras expectativas.

Torna-se, portanto, extremamente relevante levantar uma análise acerca dos países que, além de admitirem a alteração do gênero, também possuem tratamento diferenciado entre homens e mulheres, grande parte em razão das desigualdades sofridas pelo gênero feminino em relação ao gênero masculino.

Neste sentido, para Nunes e Siqueira (2018, p. 62 apud Fabeni e Agius, 2009), é essencial o tratamento igualitário para os transexuais para garantir a eficácia da segurança social e jurídica, produzindo um esquema que forneça proteção tanto no aspecto legal quanto no aspecto organizacional, de modo que estas organizações assumam a responsabilidade de combater a discriminação aos transgêneros e formem um sistema de segurança social fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e nas diretrizes constitucionais de cada país.

O IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família)⁴ aponta como um dos precedentes internacionais na seara previdenciária, o caso de um transexual nascido homem que durante a vida casou-se com uma mulher, e posteriormente se submeteu à cirurgia de alteração de sexo, sem, no entanto, alterar sua identidade no registro civil. Anos mais tarde, quando completados seus 60 anos, a mulher ao tentar se aposentar teve seu pedido negado sob a justificativa de que sendo registrada como homem precisaria de mais cinco anos de contribuição para ter direito ao benefício. Suscitado na Corte Europeia de Direitos Humanos, a Inglaterra foi condenada no ano de 2016 a conceder o benefício para a mulher *trans* segundo os critérios previstos para as mulheres assim consideradas desde o nascimento (2018).

Percebe-se que uma das primeiras manifestações a nível internacional possui histórico recente e pauta-se apenas a um caso específico.

Ainda no âmbito internacional no ano de 2018, a OMS lançou nova Classificação Internacional de Doenças e Problemas relacionados à Saúde – CID 11, onde retira do capítulo de doenças mentais o que classificava anteriormente como “transtornos de identidade de gênero”. Atualmente, apesar de manter a classificação no rol de doença internacional, a OMS passou a tratar o tema como “incongruência de gênero”, movido para o capítulo sobre saúde sexual. A entidade entende que manter a classificação na CID é de extrema importância haja vista a necessidade de garantir o atendimento de demandas específicas à população *trans*⁵.

1.2 Análise sob a ótica brasileira

Em consonância com o direito internacional, as poucas diretrizes alumiadas no direito brasileiro se compõe de manifestações recentes e ainda pouco esclarecedores acerca de vários

4 Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6711>.

5 Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/06/oms-tira-transexualidade-de-nova-versao-de-lista-de-doencas-mentais.shtml>.

ramos do direito, entre eles, o Direito Previdenciário.

Assim como em outros países, uma das primeiras conquistas concretizadas no Brasil deu-se através de decisão do Supremo Tribunal Federal quando deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 670.422 autorizando os transgêneros alterarem o nome no registro civil por meio da via administrativa, independentemente da ocorrência de cirurgia de modificação do sexo, que por muitas vezes encontra outras dificuldades para ocorrer. Ainda, entendeu o tribunal que o direito pretendido abrangia não apenas os transexuais, mas a todos os transgêneros.

O julgamento proferido pela maior corte jurídica do país ampliou o horizonte destas pessoas, tendo em vista que bastaria a partir de então, apenas a manifestação clara da vontade do interessado em alterar o prenome e classificação do gênero.

Com tal abertura, alguns estados brasileiros se manifestaram em termos de regularização e então o CNJ (Conselho Nacional de Justiça) publicou o Provimento 73/2018 onde dispõe diretrizes aos Oficiais de Registro Civil das Pessoas Naturais, reafirmando a necessidade da auto declaração do interessado e da inexistência de processo judicial relativo à alteração do sexo ou do nome.

Entretanto, Costa e Pancotti (2017, p.17) aduz que:

o nome social, é um modo como aquele indivíduo se reconhece, e como ela gostaria de ser reconhecida na comunidade, porém esse não altera os seus documentos pessoais e nem o gênero que ali está descrito, sendo que esse nome social não pode ser utilizado em todos os ambientes, e isso acaba a submetendo a situações que a deixam em uma posição humilhante.

A redesignação sexual, comumente conhecida como "mudança de sexo", é assunto que há mais tempo se encontra em debate, mas não menos envolvido em polêmicas, não apenas na seara jurídica, como também entre as ciências de psicologia e medicina. Porto coaduna que:

A medida foi autorizada pelo Conselho Federal de Medicina brasileiro em 2002, apenas do fenótipo masculino para o feminino, sendo que o SUS (Sistema Único de Saúde) começou a oferecer em 2008. Apenas em 2010 o processo de transformação do fenótipo feminino para o masculino começou a ser oferecido pela rede pública. A Portaria nº 2.803, aberta em 2013, ampliou a acessibilidade aos transexuais e travestis estabelecendo uma idade mínima de 18 anos para os ambulatorios (como os hormonioterapias) e cirurgia de 21 anos. Em 2004, o Ministério da Saúde e a ANTRA (Articulação Nacional de Travestis e Transexuais) lançaram a campanha "Travesti e Respeito: já está na hora dos dois serem vistos juntos", decretando assim no dia 29 de janeiro, Dia de Visibilidade de Travestis e Transexuais (2019, p.107)

A partir desta análise verifica-se que o Estado brasileiro caminha a passos lentos quando se trata do reconhecimento e da identificação de uma pessoa que se considera *trans*. Para o direito previdenciário, o transgênero quando na qualidade de segurado, atualmente possui amparo legal para retificar o CNIS (extrato previdenciário) junto ao órgão do INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), alterando seu nome social a fim de assegurar seus direitos.

A possibilidade ainda se prende a falta de normas específicas no campo administrativo, por

isso, importante que o segurado providencie junto à autarquia, todas as alterações documentais a fim de discutir direitos previdenciários, entre eles, o direito à aposentadoria.

2. O SISTEMA BINÁRIO PARA A CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

A evolução dos direitos sociais concernente a diversidade sexual tem sido tema de debates jurídicos, mormente a inserção desses grupos como pessoas detentoras de direitos. Todavia, muito embora a nossa Constituição garanta a todos o direito à Seguridade Social e, conseqüentemente, à Previdência Social, o ramo previdenciário ainda se encontra inerte face o reconhecimento dos benefícios conforme o gênero do transexual.

Para que se possa evidenciar a importância do reconhecimento do sexo da pessoa *trans*, faz-se necessário, neste momento, distinguir os atuais benefícios que para serem concedidos levam em consideração o sexo do nascimento do segurado.

Atualmente, o sistema utilizado pela Previdência Social é o binário, ou seja, os benefícios são concedidos em conformidade com o gênero do segurado. Pode-se encontrar essa diferença logo na nossa Constituição Federal de 1988, em seu artigo 201, §7º, o qual diferencia a concessão do benefício de aposentadoria aos homens e as mulheres.

Veja-se:

Art. 201 - [...]

§7º - É assegurada a aposentadoria no regime geral da previdência social, nos termos da lei, obedecidas as seguintes condições:

I – Trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher;
II – Sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher; reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (BRASIL, 1988).

Dessa forma, partindo da Constituição Federal, podemos analisar os benefícios previdenciários estabelecidos de acordo com o sexo do segurado, nas legislações infraconstitucionais.

2.1 Aposentadoria por idade

Segundo Faro (1993, p. 27), a aposentadoria “resulta da perda da capacidade de trabalho em decorrência da idade. Assim, o sistema garante o direito à aposentadoria para homens com mais de 65 anos de idade e para mulheres com mais de 60 anos de idade”.

Com efeito, atualmente, o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), conforme dispõe o artigo 25 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, concede tal benefício aquele que tiver completado o período de carência de 180 meses de contribuição e com idade de 65 (sessenta e cinco) anos para

os homens e 60 (sessenta) para as mulheres.

Aos trabalhadores rurais, a regra supramencionada é modificada, tendo em vista que, apesar de precisarem versar as mesmas 180 contribuições, a idade para se aposentarem é reduzida em 05 (cinco) anos, ou seja, os homens necessitam possuírem 60 (sessenta) anos, e as mulheres com 55 (cinquenta e cinco) anos, consoante o disposto no § 1º, do artigo 48 da Lei nº 8.213/91.

A Constituição Federal de 1988 incluiu socialmente o trabalhador rural, uma vez que considerou as condições em que são exercidas as atividades laborais, reduzindo a sua idade para a concessão da aposentadoria. De igual modo, considerando a igualdade de condições entre estes trabalhadores e os urbanos e ponderando por respaldar a dignidade humana, determinou que nenhum benefício, inclusive ao trabalhador rural, fosse pago em valor menor à um salário mínimo.

Abreu (2016, p. 281) explica que:

Antes da Constituição de 1988, o lavrador só teria acesso pleno à cobertura previdenciária se migrava em definitivo para a cidade e obria um emprego urbano formalizado na manufatura ou na indústria, únicos postos de trabalho então acessíveis a quem não dispunha de nenhuma qualificação. Caso contrário, continuaria protegido pela precária previdência rural, como boia-fria. (ABREU, 2016, p. 281).

Ainda, tem-se no artigo 51 da Lei nº 8.213/91 que quando o segurado tiver cumprido o tempo de carência de 180 (cento e oitenta) contribuições e 70 (setenta) anos, se do sexo masculino, e 65 (sessenta e cinco) anos se do sexo feminino, a empresa poderá requerer a sua aposentadoria. Trata-se da aposentadoria compulsória, ou seja, obrigatória.

2.2 Aposentadoria por tempo de contribuição

Neste benefício não temos o fator idade como determinador para a concessão da aposentadoria, tendo em vista que para a concessão basta que o segurado homem verse 35 (trinta e cinco) anos de tempo de contribuição, e a segurada mulher 30 (trinta) anos de contribuição.

Camarano e Fernandes (2016, p. 287) explicam que:

[...] a aposentadoria por tempo de contribuição não exige uma idade mínima, o que leva a que as pessoas se aposentem muito jovens. Como o Brasil é um dos cinco países do mundo que não exigem idade mínima, atualmente este tema está em discussão para as aposentadorias por tempo de contribuição.

2.3 Aposentadoria aos professores

Encontra-se disposto no artigo 56 da Lei nº 8.213/91 que:

O professor, após 30 (trinta) anos, e a professora, após 25 (vinte e cinco) anos de efetivo exercício em funções de magistério poderão aposentar-se por tempo de serviço, com renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III deste Capítulo.

Assim, aquele segurado que se dedicou a lecionar será beneficiado com a redução do

tempo de contribuição, com patamares diferentes em se tratando de mulher ou homem. Observa-se que nesse benefício também não há idade mínima para a concessão do benefício, apenas o preenchimento do tempo de carência de acordo com o seu gênero.

Cumprido ressaltar, que tal disposição também se encontra na Constituição Federal em seu §8º, do artigo 201, o qual, conforme acima disposto, foi reproduzido pela legislação previdenciária.

2.4 Aposentadoria ao portador de deficiência

Ainda, é disposto na Constituição Federal no artigo 201, §1º, que:

É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, **ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência**, nos termos definidos em lei complementar (grifo nosso).

Assim, com fins a regulamentar esta disposição constitucional, a Lei Complementar nº 142, de 8 de maio de 2013, trouxe em seu artigo 3º que:

É assegurada a concessão de aposentadoria pelo RGPS ao segurado com deficiência, observadas as seguintes condições:

I - aos 25 (vinte e cinco) anos de tempo de contribuição, se homem, e 20 (vinte) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência grave;

II - aos 29 (vinte e nove) anos de tempo de contribuição, se homem, e 24 (vinte e quatro) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência moderada;

III - aos 33 (trinta e três) anos de tempo de contribuição, se homem, e 28 (vinte e oito) anos, se mulher, no caso de segurado com deficiência leve; ou

IV - aos 60 (sessenta) anos de idade, se homem, e 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, se mulher, independentemente do grau de deficiência, desde que cumprido tempo mínimo de contribuição de 15 (quinze) anos e comprovada a existência de deficiência durante igual período.

Assim, estabeleceu idades e tempo de contribuição de forma diferenciada ao portador de deficiência, o qual foi conceituado como sendo aquele “[...] que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.

3 DA VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DO ORDENAMENTO JURÍDICO AOS TRANSGÊNEROS

Como se percebe pela exposição acima, a Previdência ao analisar o pedido de concessão dos benefícios supra especificados, leva em consideração o sexo de nascimento do segurado, excluindo qualquer interpretação extensiva quanto aos transgêneros.

Categoricamente, o grupo LGBT+ sofre com a discriminação e, nesta seara, luta a fim de preservar os seus direitos humanos e fundamentais, os quais, por muitas vezes são rechaçados pelo

ordenamento jurídico e pela sociedade.

Nesse sentido, é importante exaltar que apesar da nossa Constituição recusar qualquer tipo de discriminação, o que se vê atualmente é a dificuldade da pessoa LGBT+ em conseguir atingir a plenitude de seus direitos e exercê-los de forma integral, sem qualquer causa que a desabone.

Veementemente, percebe-se que assim como o Direito Civil caminha a passos lentos e empurrado pelo judiciário com o objetivo de se reconhecer direitos aos LGBTs, o Direito Previdenciário também se encontra ocioso em abraçá-los, em especial aos transgêneros.

3.1 Princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana

Acerca dos princípios constitucionais, vale destacar que a Constituição Federal de 1988, nas palavras de Lenza (2005), destaca-se por seu objeto e princípios fundamentais orientadores de sua aplicação, pois, através dela se tem as garantias mais básicas inerentes ao ser humano, como o direito à vida.

Nessa toada, surge a importância do princípio da isonomia⁶, consagrado no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Constituição Federal, o qual prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Muito embora, a nossa Constituição consagre esta máxima, notamos que há a total dissidia do ordenamento jurídico infraconstitucional em garantir efetivamente essa igualdade de tratamento perante os transgêneros, faltando, portanto, uma igualdade substancial. Lenza (2005, p. 521) adverte que se deve:

[...] buscar não somente a aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Chimenti et al. (2005, p. 59) menciona que o princípio da isonomia é o direito da igualdade consubstanciado na exigência destinada ao legislador que, na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação, inclusive as atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais.

No presente estudo, se evidencia que a Previdência Social, em contrapartida ao disposto Constitucional, nega aos transgêneros o reconhecimento de benefícios com o gênero escolhido por este. Aqui está a patente ofensa ao princípio Constitucional da isonomia.

De fato, o princípio da isonomia é afetado pela omissão legislativa, uma vez que é ausente uma correlação lógica entre o fator discriminatório e o tratamento jurídico em face da desigualdade apontada, sendo que, a falta de norma jurídica que preserve o direito do transgênero em receber benefícios conforme o sexo escolhido, e não o de nascimento, caracteriza uma discriminação

6 O princípio da isonomia também é conhecido como princípio da igualdade.

negativa.

Ressalta-se que, o certo seria uma discriminação positiva, mormente a necessidade em se conceder a estes indivíduos os benefícios previdenciários com critérios muito além do elemento físico. Para Araújo e Nunes Júnior (2001, p. 93), essa discriminação positiva serviria, em determinadas hipóteses, para proteger determinado grupo de pessoas, o qual está inserido em uma realidade histórica de marginalização social. Como se vê, tal definição se enquadra aos transgêneros.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, este é fundamento basilar para o Estado Democrático de Direito, orientando a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro (ARAÚJO, 2000, p. 102).

Em seus estudos, Oliveira (2003) aponta que todo homem é digno em si, sendo que, a dignidade possui caráter apanhado das circunstâncias históricas, possuindo, portanto, axiologia aberta. Todavia, o autor esclarece que se chega a um conceito acerca do princípio, levando-se em conta o mínimo existencial suficiente para propiciar ao indivíduo uma vida digna.

Portanto, o Estado deve combater qualquer forma de discriminação, protegendo o valor social dos princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, agindo de forma ativa perante as desigualdades e injustiças, ante a necessidade de proteger os grupos vulneráveis.

O legislador ao não conceder direitos aos transgêneros está violando o princípio da dignidade humana, pois, nega a este grupo a igualdade e a justiça esperada do Estado Democrático de Direito, em especial pelo fato do Direito Previdenciário atribuir aos transgêneros benefícios de acordo com o sexo de nascença, fazendo parâmetro apenas por condições físicas. Ressalta-se que, a legislação previdenciária ignora a condição patenteada juridicamente (com a mudança de nome e documentos) e socialmente.

Para Araújo (2000, p. 104) a dignidade da pessoa humana reveste-se de princípio necessário e básico para a sua proteção constitucional e, ainda, questiona se poderia o Estado impedir a felicidade plena do indivíduo ao negá-lo o reconhecimento do seu gênero, uma vez que, ocorreria nesta situação, uma marginalização de sua condição como ser humano.

3.2 A omissão legislativa e a insegurança jurídica

Conforme já exposto, não há uma legislação que abarque os transgêneros e os dê a permissão de conseguirem os benefícios previdenciários de acordo com o seu sexo de escolha, mas sim, apenas com o sexo de nascimento.

Cabe mencionar que, a Previdência prescreve que para ser segurado precisa estar em uma das categorias de contribuinte, quais sejam: empregado, empregado doméstico, contribuinte

individual, avulso, segurado especial e o segurado facultativo.

Percebe-se que, pelo exposto acima, qualquer trabalhador, se cumpridos os requisitos legais, pode requerer a concessão de benefícios. Ocorre que, a realidade é outra para os transgêneros, tendo em vista que para eles as regras são diferentes, isto porque, muito embora os transexuais tenham efetuado a troca de gênero e modificado seus documentos pessoais, a previdência irá se valer do sexo de nascimento do transgênero.

Essa circunstância identifica uma insegurança jurídica a este grupo, o qual constantemente precisa recorrer ao judiciário para suprir a omissão legislativa e resguardar a sua dignidade humana. Nesse diapasão, Quadrini e Venazzi (2016, p. 47) afirmam que “resta ao Poder Judiciário preencher as lacunas existentes, para que os transexuais tenham acesso aos direitos garantidos pela Constituição, como qualquer outro cidadão”. Polezze (2015, p. 294) também menciona que “por óbvio, a pendência de discussão judicial sobre assuntos tão importantes vem confirmar a insegurança jurídica que impera no tema”.

Diante disso, temos um grave problema no âmbito do ordenamento jurídico, pois na omissão no legislador abrem-se portas à discriminação e tratamento desigual perante os demais no âmbito da Previdência Social, evidenciando o caráter segregativo ao trabalhador submetido à cirurgia de designação de sexo.

3.3 Do cômputo dos benefícios previdenciários aos transgêneros

Surge, então, o questionamento no sentido de como seria realizado o cômputo do tempo de contribuição aos transgêneros.

Apesar do indivíduo, por muitas vezes, manifestar de forma tardia a sua escolha por trocar de sexo ou o seu interesse pelo reconhecimento do gênero oposto ao do seu nascimento, este não deve ser punido por não ter procurado assistência médica e jurídica depois de adentrar ao sistema da Previdência Social como segurado.

Assim, ao transgênero deve ser resguardado o direito de cômputo proporcional entre o período que se reconheceu juridicamente a sua condição com o outro sexo e o período em que estava cadastrado perante a previdência com o sexo de nascimento. Dessa forma, se respeitaria a dignidade humana e o reconhecimento jurídico e social do indivíduo *trans*, tal como os cofres da previdência não seriam afetados, tendo em vista que a fonte de custeio seria preservada.

Em debate ao I Congresso Brasileiro do IBDFAM de Direito das Famílias e Direito Previdenciário⁷, ocorrido em junho do ano de 2018, o procurador federal do Rio de Janeiro Táris Nametala Sarlo Jorge confirma esse entendimento, mencionando que:

⁷ Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6711>.

É equânime que se contabilize o tempo e a idade de forma proporcional, do período em que aquele ser humano é considerado juridicamente homem e do período em que ele é considerado juridicamente mulher. Uma regra de três simples em que vai se chegar a uma quantidade de anos de contribuição.

E ainda esclarece que tal procedimento “protege o interesse da pessoa, garante os direitos fundamentais e não causa um eventual desequilíbrio financeiro da previdência social”.

Conclui-se que não há que se falar em prejuízo aos demais segurados ou para o próprio sistema previdenciário, tendo em vista que a concessão dos benefícios aos *trans* estaria totalmente resguardada, conforme o entendimento acima e, também, daria respaldo aos seus direitos fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender os transgêneros como pessoas passivas de direitos, contribuiria para uma atenuação das desigualdades, perfazendo uma sociedade justa, equilibrada e com diversidade. Todavia, não é o que encontramos nos dias atuais, pois, a Previdência Social é inerte quanto ao respeito ao gênero escolhido por aquele que passou por cirurgia de mudança de sexo, especialmente por conceder benefícios pautada no gênero de nascimento.

O tratamento discriminatório relacionado aos transgêneros assola os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, uma vez que nega a estes indivíduos o reconhecimento do seu gênero, ferindo o seu bem-estar e até mesmo a sua própria existência, ainda, a omissão legislativa derruba o reconhecimento social daquele que constantemente luta por seu espaço na sociedade a fim de conseguir aclamar de forma dignidade e respeitosa o gênero pelo qual ele(a) se reconhece.

A crítica versada acerca da exclusão dos Direitos Previdenciários aos transgêneros se mostra pertinente, tendo em vista a necessidade de se assegurar a todos uma existência digna, sendo que, a mora legislativa apenas evidencia a afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia.

Atualmente, vislumbra-se a necessidade da criação de elementos aptos a assegurar aos transgêneros a sua inserção no plano previdenciário de forma completa, sem discriminações e garantindo a sua tranquilidade social com o reconhecimento de seu gênero e acabando com a insegurança jurídica posta em decorrência da omissão legislativa.

REFERÊNCIAS

ABREU, Dimitri Brandini de. **A Previdência Social como instrumento de intervenção do Estado brasileiro na economia**. 2016. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em:

<<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26082016-141751/pt-br.php>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional do transexual**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. – 5. ed. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: Texto Constitucional promulgado em 05 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas constitucionais números 01/1992 a 90/2015, pelo Decreto Legislativo nº. 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de revisão números 01 a 61.994. – 48. ed. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edição Câmara, 2015.

CAMARANO, Ana Amélia; FERNANDES, Daniele. **A Previdência social brasileira**. Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p.265-294. Disponível em: <<http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/9096>>. Acesso em 15 de julho de 2019.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. **Curso de direito constitucional**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

COSTA, Morgana Aparecida de Souza; PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. **Equiparação dos direitos sociais dos transgêneros**. Centro Universitário Toledo. Araçatuba, São Paulo, 2017. Disponível em <<http://www.toledo.br/repositorio/handle/7574/287>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

FARO, Clovis de (org.). **Previdência social no Brasil**: diagnósticos e sugestões de reforma. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13102/000060159_pes5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **OMS tira transexualidade de nova versão de lista de doenças mentais**. São Paulo, 18 jun 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/equilibrioesaude/2018/06/oms-tira-transexualidade-de-nova-versao-de-lista-de-doencas-mentais.shtml>>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA - IBDFAM. **A transexualidade e a questão das aposentadorias**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/6711>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional** – 9. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Método, 2005.

NUNES, Danilo Henrique; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **O transgênero e o direito previdenciário**: omissão legislativa e insegurança jurídica no acesso aos benefícios. Rio de Janeiro: Revista Juris Poiesis, v.21, n.25, 2018, p. 50-67. Disponível em: <<http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/5022>>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Por uma teoria dos princípios**: o princípio constitucional da razoabilidade. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

POLEZZE, Rogério Volpatti. **Transexuais**: a fragilidade do tratamento jurídico. Rio de Janeiro: Revista Juris Poiesis, v.18, n.18, 2015, p. 273-296. Disponível em: <<http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/view/1696>>. Acesso em: 13 de julho de 2019.

QUADRINI, Maria Cristina José; VENZAZZI, Karen F. **O Direito previdenciário dos transexuais**: percepção dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade. [S.l.] ROMED, vol.2, n.2, set. 2016, p. 18-49.

VENCATO, Anna Paula. **Confusões e estereótipos**: o ocultamento de diferenças na ênfase de semelhanças entre transgêneros. Universidade Federal do Rio de Janeiro: Cadernos AEL, vol.10, n.18/19, 2003, p. 188-213. Disponível em: <<https://www.ifch.unicamp.br/ojs/index.php/ael/article/view/2513>>. Acesso em: 15 de julho de 2019.

ENFRENTAMENTO DA DIFICULDADE DE ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Isadora Marques DEPIZOL¹

RESUMO

Para o início do presente artigo, é necessário ter o conhecimento que o acesso à justiça, como direito fundamental, pode ter a sua garantia comprometida por diversos óbices. Ao longo desta análise, os objetivos serão expor quais são esses obstáculos que impedem a efetivação desse direito e revelar que esses problemas que conduzem à questão do acesso à justiça podem ser impedidos se os meios alternativos de resolução de conflitos forem empregados, utilizando como apoio vertentes de estudiosos que deram início ao aprofundamento da temática, chegando ao ponto da observação da contribuição que tais equivalentes jurisdicionais podem gerar aos envolvidos no litígio.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. Obstáculos.

ABSTRACT

For the beginning of this article, it is necessary to have the knowledge that access to justice, as a fundamental right, can have its guarantee compromised by several obstacles. Throughout this analysis, the objectives will be to outline the obstacles that impede the realization of this right and to reveal that those problems that lead to the issue of access to justice can be prevented if alternative dispute resolution are employed, using as support the lines of scholars who began to deepen the subject, reaching the point of observing the contribution that such jurisdictional equivalents can generate to those involved in the litigation.

KEYWORDS: Access to justice. Alternative Dispute Resolution. Obstacles.

INTRODUÇÃO

Atualmente o Brasil vem enfrentando uma crise crônica no judiciário, a descridibilidade da população ao acesso à justiça se perpetua a cada dia.

Hoje, para a propositura de uma ação judicial, primeiramente o cidadão em sua maioria analisa se realmente a ação é necessária, pois o processo tem se mostrado caro e moroso, elevado é o risco da sentença ser tardia e, ainda, altos são os custos para arcar com honorários advocatícios e perícias, por exemplo.

Com isso, é perceptível que a busca por meios alternativos de solução de conflitos passou a ser uma questão de primeira necessidade a fim de atingir certos benefícios como o mínimo de custo possível, celeridade processual, menor dispêndio de tempo etc.

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente trabalho trata dos meios alternativos de pacificação social, que cumprem os dispositivos constitucionais que asseguram o acesso à justiça e a duração razoável do processo.

1 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades de Ourinhos (Uni/FIO). E-mail: isadepizol@hotmail.com

Nesse contexto, o objetivo é apontar equivalentes jurisdicionais como solução para a inúmeros óbices que são fatores de angústia e desacerto social e que podem acabar comprometendo a efetivação de direitos fundamentais.

O instrumento utilizado para contribuir com a pesquisa consiste no método hipotético-dedutivo, para suprir a lacuna dos obstáculos ao acesso à justiça foi aplicado como possível resultado as equivalentes jurisdicionais e, para subsidiar o estudo, foram realizadas revisões bibliográficas de natureza básica.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 5º, inciso XXXV, inserido rol de direitos e garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de cláusula do acesso à justiça, ou do direito de ação: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Porém, se esse dispositivo não for cumprido, prejuízos incalculáveis poderão ser ocasionados aos envolvidos ou até fazer com que esses conflitos sejam perpetuados, surgindo então uma crise paradigmática, pois mesmo o Estado tendo sua função pacificadora, ele sozinho não é capaz de atender à demanda existente.

Por fim não restará dúvidas que o mais importante é eliminar os conflitos e é para isso que surgem os meios alternativos de pacificação social, para facilitar o acesso à justiça, essas equivalentes jurisdicionais caracterizam a ruptura com o formalismo processual, gratuidade, delegalização etc.

1. DO ACESSO À JUSTIÇA

O direito de ação, tradicionalmente conhecido no Brasil como direito de acesso à justiça, sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, desde o início do século XVII, nas Ordenações Filipinas, porém, somente a partir da Carta Magna de 1988 é que esse tema se tornou, de fato, relevante e medidas foram adotadas para tornar efetivo o exercício desse princípio. Em 1988, foi ampliado pela Constituição incluindo a ameaça, conforme estabelece seu art. 5, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Uma vez vedada a autotutela e a autodefesa, – ou seja, você buscar a eliminação de conflitos com suas próprias forças (o famoso “fazer justiça com as próprias mãos”) – exceto em situações excepcionais expressas em lei, se por ventura, um direito seu for lesado ou ameaçado de lesão, deverá ser acionado o direito constitucional de ação, propondo uma demanda, que de nenhuma forma pode ser obstaculizado, uma vez que o Estado-juiz chamou para si o poder dever de exercer a tutela jurisdicional do Estado.

Preliminarmente, Rodrigues Junior apud Horácio Wanderley Rodrigues destacam a vagueza do termo acesso à justiça:

É necessário destacar frente a vagueza do termo acesso à justiça, que a ele são atribuídos pela doutrina diversos sentidos, sendo eles fundamentalmente dois: o primeiro, atribuindo ao significado de justiça o mesmo sentido e conteúdo que o de Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Poder Judiciário; segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano. (RODRIGUES JUNIOR apud RODRIGUES, 1994, p. 28)

Com relação ao acesso à justiça e aos direitos fundamentais, o professor Leonardo Greco faz a seguinte citação:

Antes de assegurar o acesso à proteção judiciária dos direitos fundamentais, deve o Estado investir o cidadão diretamente no gozo de seus direitos ficando a proteção judiciária, através dos tribunais, como instrumento sancionatório, no segundo plano acionável, apenas quando ocorrer alguma lesão ou ameaça a um desses direitos. (GRECO, 1998, p. 70)

Afirma Vinícius José Corrêa Gonçalves (2011) que “assim como o processo, o direito de acesso à justiça deve ser encarado como um instrumento, nesse caso, um direito fundamental instrumental, pois somente por meio dele podem os demais direitos fundamentais serem efetivados e buscados”.

Neste sentido, de acordo com os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental, o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

De acordo com Boaventura de Souza Santos (1999), “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica”.

Acompanhando esse raciocínio, Luiz Guilherme Marinoni expõe:

A realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração de Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em Estado, sem se viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao Poder Judiciário. Por outro lado, para se garantir a participação dos cidadãos na sociedade, e desta forma a igualdade, é imprescindível que o exercício de ação não seja obstaculizado, até porque ter direitos e não poder tutelá-los certamente é o mesmo do que não os ter. (MARINONI, 2008, p. 186)

Nesta continuidade de pensamento, José Roberto dos Santos Bedaque (2003) preleciona que:

Acesso à justiça, ou mais precisamente, acesso à ordem jurídica justa, significa proporcionar a todos, sem qualquer restrição, o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado e ter à disposição o meio constitucionalmente previsto para alcançar esse resultado. Ninguém pode ser privado do devido processo legal, ou melhor, do devido processo constitucional. E o processo modelado em conformidade com garantias fundamentais, suficientes para torná-lo equo, correto e justo. (BEDAQUE, 2003, p. 28-29)

Explicam claramente Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os aspectos do Estado que,

primeiro deve ser realmente acessível a todos, segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 3)

Portanto, é o princípio do acesso à Justiça que nos possibilita acionar o Poder Judiciário, ele é a expressão maior de plena realização do estado democrático de direito, é a ponte entre o processo e a justiça social. Ele visa garantir os meios adequados de acesso, a celeridade dos procedimentos, a adequada resposta ao problema trazido ao Juízo, a efetividade do resultado mediante instrumentos adequados de execução, segurança jurídica etc.

2. OBSTÁCULOS AO ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça deve ser oferecido de forma justa, isto é, o sujeito de direito quer uma solução equânime de seu conflito e espera um manuseamento justo do Poder Judiciário sobre seu conflito, a fim de assegurar a pacificação social e o bem comum que é objetivo síntese do Estado contemporâneo no exercício da jurisdição, mas muitas vezes não é o que ocorre. A seguir, será exposto dois dos problemas mais relevantes que conduzem à questão do acesso à justiça, obstaculizando a prestação jurisdicional justa.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (2002), conforme citado por Antonio Vanderler de Lima (2016):

No trabalho conhecido como “Projeto Florença” apontam como obstáculos para o acesso à justiça (i) o necessário dispêndio financeiro para a resolução forma de conflitos (custas, sucumbência e honorários advocatícios); (ii) as “possibilidades das partes”, caracterizada pelas vantagens de determinados litigantes em relação a outros, como fornecedores em detrimento de consumidores; bem como (iii) os “problemas especiais dos interesses difusos”. Daí surgiram: assistência jurídica gratuita aos hipossuficientes; ações coletivas e os métodos alternativos (*rectius*), adequados de resolução de conflitos. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002 apud LIMA, 2016, s.p.)

João Batista Lazzari (2015) entende que os entraves ao pleno acesso à justiça no Brasil podem ser classificados como de ordem econômica, cultural e social. Há ainda os obstáculos relacionados com: a morosidade, a inadequação de leis e institutos jurídicos; a carência de recursos humanos (juízes e servidores); o constante crescimento do número de demandas; a imagem negativa do Poder Judiciário; a deficiência de infraestrutura e a inadequação de rotinas e procedimentos.

Para Luiz Guilherme Marinoni, os obstáculos mais notórios são o custo do processo e a demora processual, que serão abordados em seguida.

O custo do processo é o obstáculo mais evidente para o efetivo acesso à justiça. Esse problema está relacionado com as custas judiciais devidas aos órgãos jurisdicionais, com as despesas para a contratação de advogado e com aquelas necessárias para a produção das provas. Nesta perspectiva:

O processo civil tem se mostrado um instrumento caro, seja pela necessidade de antecipar

custas ao Estado (os preparos), seja pelos honorários advocatícios, seja pelo custo às vezes bastante elevado das perícias. Tudo isso, coíto é perceptível à primeira vista, concorre para estreitar o canal de acesso à justiça através do processo. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 47-48)

O custo do processo é um grave bloqueio para a maior parte dos brasileiros se for levado em consideração suas dificuldades financeiras. Cappeletti e Garth destacam que com o alto custo de manutenção dos processos, a morosidade deixa de ser a única responsável pelo não acesso à justiça.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que o seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razões financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão dos seus direitos. (MARINONI, 2008, p. 187)

O autor ainda prossegue com o seu esclarecimento “é evidente que não adianta outorgar direitos e técnicas processuais adequadas e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos.” (MARINONI, 2008, p.187)

Diante dessas circunstâncias, no art. 5º, LXXIV, a Constituição Federal afirma que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Desta forma, o Estado deverá fornecer advogado às pessoas que prosperam das benesses da justiça gratuita (os menos favorecidos economicamente) e, ainda, afirma a Constituição Federal em seu art. 134 que “a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Frequente é a reclamação dos brasileiros no que tange o reconhecimento e a efetivação dos direitos por parte do Poder Judiciário e o retardo na resolução dos conflitos é motivo de tal reclamação.

Além da morosidade processual ser uma ofensa e comprometer o direito fundamental do ser humano de acessar a justiça, ela é fator de angústia e desacerto social:

O tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui, como já foi dito, fator de angústia e infelicidade pessoal. O ideal seria a pronta solução dos conflitos, tão logo apresentados ao juiz; mas, como isso não é possível, eis aí a demora na solução dos conflitos como causa de enfraquecimento do sistema. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 47)

Para Luiz Guilherme Marinoni:

A morosidade da justiça prejudica a efetividade dos direitos fundamentais. E exatamente por isso não é raro que aqueles que o agridem, ou não têm interesse na sua realização, utilizam-se de manobras processuais para tentar alargar o tempo de demora do processo, ou mesmo sirvam-se da sua demora natural para evitar as conquistas sociais. (MARINONI, 2008, p. 189)

Luiz Guilherme Marinoni (2008) ainda afirma que acusar os juízes pela demora da justiça constitui um reducionismo imperdoável e haveria uma certa dose de ingenuidade em pretender

atribuir a eles a responsabilidade pela lentidão dos processos, portanto, essa responsabilidade não pode ser jogada nas suas costas. Além disso expõe que “A questão da demora passa por uma dimensão muito mais profunda, ou seja, pela própria ideologia que permite que o Poder Judiciário seja o que é, pois, como é intuitivo, nada, absolutamente nada, possui uma determinada configuração sem razão ou motivo algum.” (Marinoni, 2008, p. 190)

Nessa continuidade, Antônio Gabriel Marques Filho complementa:

Não se quer, com isso, diminuir a importância do Poder Judiciário, dos magistrados e de suas sentenças. Pelo contrário, o que se deseja é contribuir para a melhoria da prestação jurisdicional, reservando-se aos juízes e à solução adjudicada as causas mais complexas, as que versam sobre direitos indisponíveis, ou aquelas nas quais as partes, apesar de poder, não querem se submeter a outro tipo de solução que não a sentença. Em outras palavras, os métodos alternativos de solução de conflitos não podem ser vistos apenas como meios ou métodos praticados fora do Poder Judiciário, como sugere o adjetivo ‘alternativo’, utilizado para qualifica-los, mas devem ser vistos também como importantes instrumentos, à disposição do próprio Poder Judiciário, para a realização do princípio constitucional de acesso à Justiça, havendo uma complementariedade entre a solução adjudicada, típica do Poder Judiciário, e as soluções não adjudicadas. (MARQUES FILHO, 2016, s.p.)

Ronaldo Lima dos Santos, citando Pablo Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, identifica duas espécies de obstáculos de acesso à justiça: os obstáculos de natureza fática e os obstáculos de natureza jurídica:

No campo das barreiras fáticas, destacam-se:

- a) Os aspectos econômicos, que podem ser implícitos ou explícitos. Implícitos são aqueles relacionados ao valor dos gastos processuais em relação aos custos da demanda. Explícitos, são os limites pecuniários, expressamente fixados nas normas em quantia mínima, para ter acesso à justiça e cerceiam, de fato, as possibilidades de recorrer aos tribunais;
- b) Os óbices culturais, como a deficiente educação e informação dos indivíduos a respeito de seus direitos e obrigações, a ignorância de leis protetoras dos seus direitos, a inacessibilidade da linguagem jurídica, o insuficiente ou difícil acesso aos diversos serviços de consultoria jurídica que possam oferecer-lhes essas informações;
- c) As causas psicológicas e sociológicas, como o medo do risco de perder uma demanda e ser condenado ao pagamento das custas, a desconfiança na administração da justiça, que motiva escassa inclinação para litigar dos cidadãos. (DOS SANTOS, 2008, p. 227)

Entre as causas jurídicas, podemos assinalar:

- a) A inadequação das estruturas jurisdicionais para efetivar o exercício de novos direitos e sujeitos;
- b) A complexidade e delonga dos ritos processuais que se transformam em verdadeiros labirintos jurídicos;
- c) A inexistência de processos especiais e sistematicamente organizados com vistas à tutela de novos interesses;
- d) A ausência de uma normatividade própria a novos interesses – meio ambiente, consumidores, etc., nos aspectos material e processual;
- e) A dificuldade da ampliação da legitimação processual a novos atores sociais, como os sindicatos, as associações;
- f) O não incremento de formas alternativas de solução de conflitos, com abertura de possibilidades para novos métodos, etc.” (DOS SANTOS, 2008, p. 227)

Horácio Wanderlei Rodrigues citado por Ana Carolina Rodrigues (2019) afirma que são três os pontos principais que impedem um melhor acesso presente no Brasil:

Em primeiro lugar, a falência da educação nacional, em segundo o descompromisso dos “meios de comunicação” com a comunicação, e por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica previa ou extrajudicial, que atuavam oferecendo informações previas e educando a população sempre que surgissem dúvidas jurídicas sobre situações concretas. (RODRIGUES apud RODRIGUES, 2019, s.p.)

Já Cândido Rangel Dinamarco aponta que a problemática da efetividade do processo revela quatro facetas (i) admissão em juízo; (ii) modo de ser do processo; (iii) critérios de julgamento e (iv) efetivação dos direitos ou utilidade das decisões. (1996, p. 303.)

É nesse contexto que entram os meios alternativos de resolução de conflitos, eles solucionam o problema dos obstáculos ao acesso à justiça.

3. ACESSO À JUSTIÇA PELOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

De acordo com Vinícius José Corrêa Gonçalves (2011), não há dúvida de que o significado de acesso à justiça como sinônimo de acesso ao Poder Judiciário é incompleto e desligado da evolução havida nas últimas décadas.

Segundo o entendimento de Lucas Pinto Simão:

O legislador brasileiro adotou a concepção de um “multi-door courthouse”, ou seja, um processo multiportas em que será verificado no caso concreto qual o mecanismo mais adequado para resolução do conflito e pacificação social. Foi concebido um sistema de justiça amplo que permite ao jurisdicionado usufruir de diferentes mecanismos para resolução dos conflitos incluindo a arbitragem, a mediação, a conciliação ou mesmo o processo judicial. (SIMÃO, 2019, s.p.)

Abaixo, Cintra, Grinover e Dinamarco deixam claro o alargamento do conceito de acesso à justiça pelos meios alternativos:

Em relação à mediação e à conciliação, a Exposição de Motivos da res. n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça deixa claro que o inciso XXXV do art. 5a da Constituição, que literalmente trata apenas do acesso ao Poder Judiciário, deve ser interpretado como garantia de acesso à justiça por qualquer meio adequado de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação. Alarga-se com isso o conceito de acesso à justiça, compreendendo os meios alternativos, que se inserem em um amplo quadro de política judicial. (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2015, p. 58)

No passado, havia uma quantidade enorme de conflitos que não chegavam ao Poder Judiciário e que não eram satisfeitos. Com o tempo, começaram a surgir uma série de técnicas, políticas, instrumentos para garantir cada vez mais o acesso à justiça a todos. Aquilo que era uma litigiosidade contida, se tornou hoje uma litigiosidade exacerbada, o acesso à justiça tornou-se fácil, havendo uma crise jurisdicional ocasionada pelo excesso de litigiosidade, com consequente aumento vertiginoso de demandas e, com isso, uma morosidade processual.

De acordo com Buzaid, a ideia de crise do Judiciário está intimamente ligada a um desequilíbrio entre o aumento do número de demandas ajuizadas e o número de julgamentos

proferidos. Em razão do maior número de demandas propostas em face do número de julgados, tem-se um acúmulo delas que congestionam o fluxo normal da tramitação processual, prejudicando o cumprimento regular pelo Poder Judiciário dos prazos processuais fixados na legislação processual brasileira (BUZAID, 1972, p. 144).

Os meios alternativos surgem como uma forma de enfrentar o problema da dificuldade do acesso ao Judiciário.

José Maria Rossani Garcez (2003) afirma que os meios alternativos de resolução de conflitos apresentam um novo tipo de cultura na solução de conflitos, totalmente centrados nas tentativas para negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, em um sentido, em realidade, direcionado à pacificação social tendo em vista seu conjunto, em que são utilizados e realçados a boa-fé e os métodos cooperativos.

Paula Roberta Corrêa dos Santos Arruda sintetiza o entendimento de que o acesso à justiça possui a finalidade de as pessoas resolverem seus conflitos por meio da tutela do Estado e, ainda, abarca a possibilidade de acesso aos métodos alternativos de resolução de disputas, incluindo-se nesse rol, a arbitragem, a conciliação e principalmente a mediação, que vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. (ARRUDA, 2014, p. 44)

Paula Roberta Corrêa dos Santos Arruda ainda prossegue o raciocínio acerca dos métodos alternativos:

A satisfação do usuário do sistema judicial com o processo legal depende fortemente de sua opinião sobre se o procedimento foi justo ou não. Pode-se observar que as práticas alternativas ao sistema judicial comum tentam fazer com que as próprias partes cheguem a um acordo, a sentença não será uma imposição do juiz, mas uma decisão delas mesmas. Dessa forma, os conflitos tendem a se resolver de uma forma mais cooperativa, estimulando o diálogo, e as partes podem sair satisfeitas do processo. (ARRUDA, 2014, p. 34)

Conseqüentemente, sem a intenção de esgotar o tema, será feita uma breve introdução sobre a arbitragem, a mediação e a conciliação que são os principais meios alternativos de resolução de conflitos.

3.1. Arbitragem

A arbitragem, regida pela lei 9.307/2006, é um meio alternativo de resolução de conflitos referente à direitos patrimoniais e disponíveis, surge no momento em que as partes não resolveram de modo amigável a questão. As partes permitem que um terceiro desinteressado, o árbitro, especialista na matéria discutida, decida a controvérsia. Sua decisão tem a força de uma sentença judicial que não admite recurso e capacidade executiva de título judicial, ou seja, há uma imposição de solução ao litígio.

De acordo com Vinícius José Corrêa Gonçalves:

A arbitragem, por sua vez, é um mecanismo que se vale de terceiro imparcial que certifica o direito, caso existente, fixando a forma de sua exata satisfação. Diferencia-se a jurisdição estatal por ser uma atividade privada, tendo por característica o fato de ser realizada somente pela vontade expressa dos envolvidos no conflito ou prevista em contrato antecedente. Já a perícia arbitral é aquela contratada pelas partes para esclarecer questão fática imprescindível ao deslinde da controvérsia, que, por sua natureza arbitral, vinculará as partes ao seu resultado. (GONÇALVES, 2011, p. 138)

Segundo Paula Roberta Corrêa dos Santos Arruda:

O instituto da arbitragem é tão antigo quanto os outros meios de solução alternativa de conflito. Teve sua origem na antiguidade, sendo encontrados vestígios de sua existência na Grécia, onde era praticada tanto entre os particulares como entre as cidades-estados. (ARRUDA, 2014, p. 40)

Carmona define a arbitragem como sendo um:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada a disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2009, p. 31)

Segundo Cintra, Grinover e Dinamarco (2015), “pela arbitragem chega-se a uma sentença proferida pelo tribunal arbitral, a qual, tanto quanto a sentença judicial, deve representar a justa resposta às pretensões das partes.”

Com a participação das partes na escolha do árbitro e nos custos, a arbitragem apresenta dentre suas vantagens, maior probabilidade da efetividade da decisão (Tartuce, 2016, p. 59).

3.2. Mediação

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, trouxe a entrada em vigor da Lei da Mediação, número 13.140/2015, a mediação tornou-se princípio do Processo Civil, conforme o artigo 3º, § 3º, do novo Código.

Conforme o artigo 166 do novo CPC, são princípios da mediação a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada. A Lei da Mediação acrescenta, em seu artigo 2º, a isonomia entre as partes, a busca de consenso e a boa-fé.

De acordo com a Lei da Mediação, para efeitos penais, mediadores e conciliadores são equiparados a servidores públicos.

A mediação, é apenas uma forma de aproximação das partes, onde o mediador não propõe resolução do litígio, essa terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, visando apenas a abertura da possibilidade de um diálogo entre as partes litigantes

Com relação ao conceito, Gabbay define:

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas (2013, p. 45).

Para a Professora Lília Maia de Moraes Sales:

A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na conscientização de direitos, enfim, no exercício da cidadania. (SALES, 2004, p.26)

Boaventura preleciona:

O mediador não possui o poder de ditar decisões que vinculem as partes. Todas as decisões na mediação são estabelecidas através de acordos entre as partes. O mediador intervém de maneira a influenciar na tomada das decisões, sempre com o intuito de colaborar para que as partes possam construir uma decisão satisfatória para ambas. (SANTOS, 2004, p.28).

Assim, percebe-se que a mediação é um meio de resolução de conflitos muito dignificador, pois oportuniza o diálogo entre as partes deixando-as com autonomia para resolver suas divergências, incentiva o respeito para com o próximo favorecendo a uma futura convivência harmônica, e como consequência coloca-se fim a ao conflito existente.

3.3. Conciliação

A conciliação, de acordo com o doutrinador Fredie Didier, é “uma forma de solução de conflito, onde um terceiro intervém no processo negocial, com a função de auxiliar as partes a chegarem à autocomposição.” Assim, o conciliador não tem como função resolver o problema, mas apenas auxiliar as partes a chegarem a um acordo, podendo sugerir soluções para o litígio, sendo a conciliação indicada aos casos onde não há vínculos anteriores com os envolvidos. (DIDIER, p. 275, 2015)

Pode ser extrajudicial ou judicial, neste último caso quando já existe um processo judicial, sendo o conciliador um auxiliar da justiça, devendo aplicar as regras relacionadas ao impedimento e à suspeição, conforme artigos 148, inciso II; 170 e 173, inciso II, todos do CPC, devendo passar por capacitação, nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ, como lembra Fredie Didier.

No âmbito judicial a conciliação é um procedimento obrigatório em alguns casos, onde antecede à audiência de instrução e julgamento, exceto quando ambas as partes manifestarem expressamente o desinteresse na composição consensual, podendo o magistrado dispensar a conciliação, conforme o artigo 334, parágrafo 4º, do Código de Processo Civil.

A conciliação auxilia nas audiências judiciais como procedimento introdutivo de resolução de conflito, onde o objetivo é levar as partes, mesmo que adversárias, chegarem a um acordo com a

intenção de colocar um fim ao litígio.

A conciliação, na definição de Sampaio e Braga Neto:

Trata-se de mecanismo muito eficaz para conflitos em que inexistente entre as partes um relacionamento significativo no passado ou contínuo a futuro, portanto preferem buscar um acordo de forma imediata para pôr fim a controvérsia ou a processo judicial (2007, p. 18).

Nesse sentido, esclarece Vinícius José Corrêa Gonçalves (2011):

A conciliação, que é um dos meios mais conhecidos no Brasil, é o mecanismo para obtenção da autocomposição tradicionalmente utilizado no processo judicial, bem como em iniciativas paraprocessuais do Poder Judiciário, atividade exercida pelo juiz ou por auxiliar, funcionário da Justiça ou nomeado ad hoc. Consiste no estabelecimento de um diálogo entre as partes e o conciliador, com vistas a encontrar uma posição final para o conflito, que seja aceitável e factível para ambos os envolvidos. (GONÇALVES, 2011, p. 142)

Alisson Farinelli e Eduardo Cambi enunciam:

A eficácia da conciliação exige discussão aberta, direta e franca entre as partes. Pode acontecer antes ou depois da instauração do processo. É importante alternativa de aproximação e participação dos envolvidos na solução do conflito. Mas também proporciona efetivo acesso à justiça, já que sua eficácia depende do tratamento igualitário entre os contendores que decidem, em conjunto e da melhor forma, a situação conflituosa, buscando a maior harmonia e a mútua satisfação (FARINELLI; CAMBI, 2011, p. 288).

Isto posto, é mais indicada quando há uma identificação evidente do problema, é uma forma de autocomposição das partes onde estas se apresentam perante um conciliador que irá propor uma forma de resolução do conflito, sendo apenas uma sugestão de acordo, não sendo obrigatório que as partes acatem a decisão.

CONCLUSÃO

Com o conjunto de problemas apresentados acima, ficam manifestos os impedimentos que precisam ser resolvidos, logo, faz-se necessário e urgente a disponibilização e ampliação de mecanismos que possam acarretar um sistema judicial aberto para todos de maneira equilibrada e imparcial, podendo, assim, efetuar a solução de conflitos em menor duração e com uma maior qualidade.

Diante ao exposto, constata-se a importância dos institutos abordados ao longo do presente trabalho, conseqüentemente, devido à grande demanda de processos, a prestação do serviço jurisdicional vem se tornando cada vez mais morosa e menos efetiva, desta forma, o uso de novos métodos de tutelar pelo direito tornou-se extremamente necessário, podendo oferecer benefícios como menos desgastes emocionais, economia com advogados e economia financeira por conta de questões envolvidas no litígio.

Isto posto, a busca por meios alternativos de resolução de conflitos como a mediação, a conciliação e a arbitragem tem expandido no Brasil, com o propósito de expandir o acesso à justiça e fazer predominar a satisfação real do detentor do direito, mas para que tal progresso aconteça com

maior celeridade, é essencial que essas atividades se tornem mais conhecidas e aceitas.

Os meios alternativos de resolução de conflitos se apresentam como uma das alternativas mais satisfatórias e eficientes capazes de diminuir significativamente a excessiva quantidade de demandas do Judiciário.

É oferecido às partes a oportunidade de entrar em um acordo adequado que ocorre com o consenso delas, deste modo, é possível destacar que, se o litígio fosse para o Poder Judiciário dirimir, sobrecarregado de demandas, a finalização esperada poderia demorar anos e acarretar custos altíssimos.

Com isso, percebe-se que os meios alternativos de resolução de conflitos não só contribuem com o fim do acúmulo de processos do Poder Judiciário, enquanto distribuidor de justiça, mas criam possibilidades de resolução de forma indireta, rápida, menos onerosa, com apoio, até mesmo, de centros e pessoas especializadas na técnica da resolução dos conflitos que, desta forma, colaboram na obtenção dos direitos fundamentais, entre eles o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça**. Revista CEJ, Brasília, v.18, n.64, p.32-45, set. 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. 2019.

BUZAID, Alfredo. **Estudos de direito**. São Paulo: Saraiva, 1972. v. 1.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 5. ed. São Paulo, 1996, p. 303

DOS SANTOS, Ronaldo Lima. **Sindicados e Ações Coletivas: Acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. 2ª Ed. São Paulo: LTr., 2008.

FARINELLI, Alisson; CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. **Conciliação e mediação no novo**

Código de Processo Civil (PLS 166/2010). Revista de Processo, São Paulo , v. 36, n. 194, p. 277-305, abr. 2011.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e Arbitragem**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas: Em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e razoável duração dos processos**. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho.

GRECO, Leonardo. **Acesso à justiça no Brasil**. Revista do Curso de Direito da Univale, Governador Valadares, n.1, jan/jun. 1998.

LAZZARI, João Batista. **Os princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/08/11/os-principios-constitucionais-do-acesso-a-justica-e-da-razoavel-duracao-do-processo/>>. Acesso em: 08 jul. 2019

LIMA, Antonio Vanderler. **A integração entre a sistemática de resolução de conflitos e o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: < <https://www.editorajc.com.br/a-integracao-entre-a-sistemica-de-resolucao-de-conflitos-e-o-novo-codigo-de-processo-civil/>>. Acesso em: 08 jul. 2019

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES FILHO, Antônio Gabriel. **Arbitragem, conciliação e mediação: Métodos extrajudiciais efetivos de resolução de conflitos**. Disponível em: < <https://marq4.jusbrasil.com.br/artigos/363749107/arbitragem-conciliacao-e-mediacao-metodos-extrajudiciais-efetivos-de-resolucao-de-conflitos>>. Acesso em: 10 jul. 2019

RODRIGUES, Ana Carolina. **As Três "ondas" do Acesso à Justiça**. Disponível em: < <https://anacarol7.jusbrasil.com.br/artigos/701835586/as-tres-ondas-do-acesso-a-justica>> . Acesso em: 10 jul. 2019

RODRIGUES JUNIOR. Walsir Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 2ª Ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1999.

SIMÃO, Lucas Pinto. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e a mediação**. Disponível em: <<https://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

PLURALISMO JURÍDICO: UMA BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

Denison Lehr UNGLAUB¹
Rubens BEÇAK²

RESUMO

O presente artigo visa estudar a Plurinacionalidade e o Pluralismo Jurídico, especialmente no que tange aos Direitos Indígenas dentro da legislação dos países da América Latina comparando países latino-americanos que adotam o pluralismo jurídico, nomeadamente Bolívia, Equador, Peru, Colômbia e Venezuela; e como estes conceitos são ou não aplicados no Brasil. O contexto em que o artigo se insere é o do “neoconstitucionalismo”. Este novo movimento constitucional vem quebrando paradigmas e abrindo espaço para conquistas na busca da identidade de seus povos originários e na garantia de seus direitos. A pesquisa foi realizada por meio de análise das legislações nas constituições nos países mencionados e a pesquisa teórico-bibliográfica. O objetivo do presente é o de estudar o pluralismo jurídico especialmente no que tange aos Direitos Indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo latino-americano; Plurinacionalidade; Direitos Indígenas.

INTRODUÇÃO

A pesquisa visa estudar o pluralismo jurídico especialmente no que tange aos Direitos Indígenas na legislação constitucional de países latino-americanos e no Brasil. Para isto, será realizada uma comparação com as legislações de países latino-americanos que adotam o pluralismo jurídico, quais sejam: Bolívia, Equador, Peru, Colômbia e Venezuela. Também pretende-se demonstrar como esses conceitos são ou não aplicados no Brasil em relação aos indígenas que aqui moram.

Comumente temos que um Estado precisa de território, soberania e povo (BOBBIO, MATTEUCCI E PASQUINO, 1998). Território nada mais é do que o local geográfico onde um povo habita. Povo são simplesmente as pessoas que moram no território, no passado falava-se em “nação”, entretanto devido às constatações de que podem existir diferentes nações dentro de um mesmo território, passou-se a utilizar a palavra “povo”. Por fim, soberania é a capacidade de um povo de autogovernar-se dentro de seu território (DALLARI, 2013).

Esses três itens são importantes para o escopo deste artigo que visa estudar a soberania, a identidade de nacionalidade e o direito a um território dos povos indígenas dentro do contexto do neoconstitucionalismo latino-americano, mais especificamente pluralismo jurídico.

1 Bacharel em Direito, especialista em Direito Civil. Mestrando em Direito na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto- FDRP/USP

2 Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo-USP. Especialista em Gestão Pública pela UFSCAR. Professor Associado da Universidade de São Paulo-USP na Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Graduação e Pós-graduação.

Quando falamos de um Estado em regime democrático, pode-se haver uma confusão, uma vez que o próprio conceito de democracia é alvo de amplos debates (BOBBIO, 1998; GOYARD-FABRE, 2003; BEÇAK, 2014). O que é democracia? É uma forma de governo em que o povo tem a soberania que será exercida por meio do voto em pessoas que vão representar a população na tomada de decisões (BEÇAK, 2014).

Dallari (2013) traz o entendimento do conceito de “povo” em relação ao conceito de “nação”, tendo em vista que há muitos países com várias nações dentro de um mesmo território. Inclusive o próprio território é disputado por nações diferentes dentro de um Estado. E a soberania muitas vezes é exercida só por um grupo, ou grupos, excluindo outros (MULLER, 2013).

Esta é a situação dos grupos indígenas na América Latina. Esses grupos foram conquistados pelos europeus fazendo com que estes perdessem seu território, soberania e até a sua identidade (MACIEL, 2014).

Entretanto, um novo movimento constitucionalista vem mudando paradigmas. O constitucionalismo clássico está baseado na história da Europa. É chamado de “monismo jurídico” pois há um único sistema jurídico vigente dentro do Estado, sendo este a única fonte de Direito (WOLKMER, 2001; BOURDIEU, 2007; MACIEL 2016). Ou seja, não podem vigorar sistemas jurídicos distintos dentro do mesmo Estado. Mas surge um problema. Como lidar com nações com culturas tão diferentes dentro de um mesmo Estado? Seria o reconhecimento das várias nacionalidades dentro de um Estado a solução para o conflito de valores culturais tão diferentes dentro do Estado?

A resposta a essas perguntas encontra-se no reconhecimento do plurinacionalismo e do pluralismo jurídico (WOLKMER 2001; YRIGOYEN FAJARDO, 2011; MACIEL 2016).

1 EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO COM RELAÇÃO AO PLURALISMO JURÍDICO

A América Latina era um lugar com muitas nações e povos diferentes antes da chegada dos europeus, e hoje temos vários deles dentro de cada país. Especialmente da década de 1980 para cá houve um esforço em reconhecer essa multiplicidade de nacionalidades dentro de um país (YRIGOYEN FAJARDO, 2011). É um movimento conhecido como “novo constitucionalismo latino-americano” (WOLKMER 2010; BALDI, 2011; CALEIRO E LEITE 2014). Países como Bolívia e Equador já reconheceram a plurinacionalidade em suas constituições. Outros reconhecem diferentes etnias, culturas e línguas, como por exemplo: Peru, Colômbia, Venezuela e Paraguai. Até na Europa há grupos que buscam esse novo constitucionalismo e alguns países já tem elementos dele em suas legislações, como Rússia, Espanha, Bélgica e Suíça (CABALLERO, 2017).

Além de reconhecer as diferentes nacionalidades dentro de um Estado, mister que essas nações tenham também a auto-gestão e o Direito próprio, autônomo, que existe e coexiste com o Direito estatal (WOLKMER, 2001; SANTOS, 2014). Esse é o conceito de pluralismo jurídico. Neste conceito as diferentes nações terão sistemas jurídicos próprios, em que as leis estatais não se aplicam. Os casos mais notórios de pluralismo jurídico dizem respeito aos indígenas. Essa é uma reivindicação indígena há bastante tempo, mas só nos anos 1970 é que os grupos indígenas conseguiram se organizar politicamente para reivindicar sua soberania e direitos, mas os verdadeiros avanços nas legislações só se deram nos anos 1990 (LEE VAN COTT, 2000; FAJARDO, 2004).

A reivindicação dos indígenas é de que se deixe de pensar que o Estado é um grupo homogêneo de pessoas habitando o mesmo território, mas que é necessário que se avance para uma visão que reconheça a convivência de várias nações dentro de um mesmo território estatal (SANTOS, 2008; CALEIRO E LEITE, 2014).

Na configuração de Estado dentro do modelo monista, o ordenamento jurídico tem uma posição defensiva com relação à autodeterminação ou auto-gestão de povos diferentes dentro de um mesmo território nacional. Ou seja, o típico ordenamento jurídico monista trata de proteger a unidade nacional ou a integralidade do Estado (DANTAS, 2014).

Por exemplo, no Brasil acontece exatamente isso. A legislação pátria prevê uma única nacionalidade e reconhece uma única língua como oficial nos artigos 12 e 13 da Constituição Federal (BRASIL 1988). Por mais que legislação reconheça o direito à terra, uma educação adaptada, saúde, proteção e isenção tributária aos indígenas na Lei 6.001/73 (BRASIL), não há nada como a jurisdição especial indígena do Equador ou o reconhecimento da multiplicidade de nações como no Peru ou na Colômbia. A Constituição enfatizou nos direitos indígenas a organização social, costumes, crenças, tradições e direitos sobre a terra e os recursos naturais. Por outro lado, Bolívia e Equador reconhecem aos indígenas a autonomia e livre determinação sem depender de uma decisão estatal (YRIGOYEN FAJARDO, 2011; MACIEL, 2016). Os indígenas tiveram seu status elevado a nível constitucional, mas no que tange à titularidade das terras indígenas, a União reserva para si a propriedade e o domínio, negando a autodeterminação dos povos, além disso, há a possibilidade das populações indígenas serem removidas para defesa da soberania do país (DANTAS, 2014).

A. Novo Constitucionalismo Latino-americano

A América Latina estava sob o jugo do colonialismo europeu no século XIX, até surgirem os movimentos nacionalistas de independência. No entanto, esse processo se deu sob a influência do constitucionalismo clássico. O que acabou se tornando um Estado com concentração de poder e que

exclui muitos de seus cidadãos (GARGARELLA, 2014; ALVES E OLIVEIRA, 2018). Outro fator que influenciou foi não ter tido um distanciamento grande de Espanha e Portugal, haja vista que um crescente sentimento de pertencimento e de uma nacionalidade latina fez com que muitos conquistadores espanhóis e portugueses passassem a se posicionar como nativos lutando pelas novas nações (IANNI, 1999; VASCONCELOS E NETO, 2017). Isso fez com que o Estado Nacional que se levantava fosse fundado com muitos interesses de setores dominantes como prioridade, inclusive vendo os indígenas como subalternos (VASCONCELOS E NETO, 2017).

No campo jurídico a América Latina herdou sistemas que vieram do hemisfério norte, e até meados do século XX, não houve uma grande ruptura com esses sistemas. De forma que tiveram importações normativas que subestimavam o direito indígena (BRAGATTO, 2011; VASCONCELOS E NETO, 2017). O constitucionalismo tradicional não consegue elucidar essa ruptura das colônias com suas metrópoles, pois com o contexto das duas grandes guerras mundiais, o modelo de Constituição excludente ficou insustentável devido a ampliação dos direitos e garantias fundamentais (GARGARELLA, 2014; ALVES E OLIVEIRA, 2018).

Desse modo, diante do fracasso do constitucionalismo clássico, que não era mais viável na América Latina, nem mesmo o seria no contexto do final do século XVIII e XIX, teve na ruptura dos padrões de importação jurídica somada aos contínuos avanços democráticos, especialmente em relação às minorias, indígenas inclusive, a chave para o nascimento de um novo constitucionalismo. Este, trabalha com o conceito de povo (e não uma nação única), reformulando as regras estatais para atender aos historicamente excluídos da política e do Estado.

As lutas emancipatórias dos povos indígenas, povos sem um Estado para chamar de seu ou povos contra um Estado, que entendem invasor e opressor, vieram propor uma reformulação com conceito do que se entende por povo. Também visa mudar a ideia de Estado como organização homogênea com o intuito de transformá-lo em uma organização política plural (DANTAS, 2014).

Isto posto, o velho constitucionalismo tradicional que foi construído por interesses dominantes, marginalizando os indígenas por exemplo, foi suplantado pelo Novo Constitucionalismo latino-americano que veio para formar uma nova organização social com vista a um Estado Plurinacional. (VASCONCELOS E NETO, 2017).

Após a primeira grande guerra mundial, um novo modelo de Estado surge. O Estado que é conhecido como liberal, que tinha direitos mínimos, com pouca intervenção do Estado em assuntos privados, se transforma em um Estado, dito Social, como mais direitos e muito mais intervenção estatal. As novas constituições começam a ter preocupação com o desenvolvimento econômico e com o bem-estar das pessoas (CUNHA JR, 2011; ALVES E OLIVEIRA, 2018). Desse contexto surge o constitucionalismo social representado pela Constituição Mexicana de 1917 e pela

Constituição de Weimar de 1919 (BARROSO, 2014; SANTOS, 2014; ALVES E OLIVEIRA, 2018).

Desta forma, no constitucionalismo liberal que reinava no século XIX, o sistema era único, conhecido como monismo jurídico. Neste sistema havia muita exclusão e negação de direitos (como os temos hoje), notadamente os indígenas eram excluídos e vistos como “selvagens”, “incivilizados” (CALEIRO E LEITE 2014). No século XX, temos o constitucionalismo social, onde muitos dos direitos sociais são incluídos nas constituições e há o surgimento de sujeitos coletivos. Neste momento o Estado adota um modelo de integração dos índios com o Estado, mas ainda não rompendo com a ideia de Estado-Nação e monismo jurídico.

O Estado monocultural tem seus limites, assim como o Direito monístico. Este provocou a exclusão das diferenças étnicas, como dito anteriormente, de modo velado pois, por meio da universalidade do princípio da igualdade e também pela difusão da ideia de cidadania legal, igualitária e indiferenciada (DANTAS, 2014). Desta forma, todos seriam cidadãos com iguais direitos e deveres perante a lei. Entretanto, se pensarmos nos indígenas, só poderíamos colocar como cidadãos aqueles que são emancipados ou integrados, pois os que não estão nesta condição estariam em condição de barbárie ou incivilização.

No Estado monista, os índios são cidadãos, iguais, em direitos, aos cidadãos nacionais. Essa perspectiva orientou as constituições e legislações na América Latina por muito tempo. Mas essa, não leva em consideração às diferenças culturais e organizativas dos indígenas. De igual modo, deixa de lado seus valores, crenças, costumes e cultura. Assim, nesta composição estatal, o conceito de cidadania se vincula ao de Estado nacional. Os indígenas não comungam dessa estrutura e portanto, em um sentido são sociedades sem Estado, possuindo sistemas e organização social diferenciados dos da modernidade ocidental.

Neste sentido, só podemos concluir que os índios não são cidadãos, podem até, juridicamente falando, ser considerados cidadãos, por terem nascido em determinada localidade, mas na realidade não passa de uma ficção jurídica.

B. Ciclos do Novo Constitucionalismo Latino-americano

A partir do fim do século XX e começo do século XXI é que temos o constitucionalismo pluralista. Os países latino-americanos passam por reformas constitucionais. Há uma alteração nos processos decisórios com inclusão de atores sociais. Do multiculturalismo surge a demanda da plurinacionalidade e de pluralismo jurídico. Wolkmer (2011) apresenta três ciclos de desenvolvimento desse novo constitucionalismo na América Latina. Num primeiro momento ele destaca o lado social e descentralizador das Constituições Brasileira de 1988 e Colombiana de 1991.

Em seguida as características acrescentadas são: a participação e o pluralismo, representadas pela Constituição Venezuelana de 1999. No terceiro ciclo, o plurinacionalismo, representado pelo vanguardismo das Constituições Equatoriana de 2008 e Boliviana de 2009, é a característica dominante.

Este novo constitucionalismo se revela como transformador, com parâmetros andinos em oposição aos parâmetros europeus, destacando-se a autonomia da justiça indígena e os direitos da natureza.

Yrigoyen Fajardo (2011) também aponta três ciclos para o desenvolvimento deste novo constitucionalismo latino-americano, a saber: *ciclo multicultural* (1982-1988) onde alguns direitos indígenas são concedidos e é reconhecido o multiculturalismo; *ciclo pluricultural* (1989-2005) quando os conceitos de nação e estado são transformados em multiculturais e multiétnicos, os indígenas passam a constar no texto constitucional; e o *ciclo plurinacional* (2006-2009) que refunda o Estado como Plurinacional, com reconhecimento de diferentes nacionalidades dentro de um mesmo país e caracterizado pelo pluralismo jurídico. Destaque para a Declaração das Nações Unidas sobre os indígenas de 2007 (neste sentido também BALDI, 2011).

A cultura jurídica antes dos ciclos do novo constitucionalismo mencionado, em 1957 a OIT (Organização Internacional do Trabalho) aprovou a Convenção de nº 107 mas esta adotava uma postura claramente assimilacionista e integracionista. O artigo 2º, por exemplo, falava dos governos colocarem em prática programas com vistas à proteção das populações indígenas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países. Com o fortalecimento do movimento indígena dos anos 60 e 70, esse modelo foi fortemente criticado por antropólogos, indigenistas e organizações de defesa dos direitos humanos mostrando as características negativas da Convenção nº 107 da OIT (MORAES e SOLINHO, 2013).

Voltando ao que Fajardo (2011) apresenta como ciclos de um novo constitucionalismo, o primeiro ciclo, o ciclo multicultural, as constituições aceitam a diversidade cultural com a positivação de alguns direitos específicos dos indígenas começa com a Constituição do Canadá de 1982. Nela há a preservação e o desenvolvimento da herança cultural dos canadenses. Em 1985 a Constituição da Guatemala reconhece o direito das pessoas e das comunidades à sua identidade cultural de acordo com seus valores, língua e costumes. Em 1987 temos a Constituição da Nicarágua afirmando a natureza multiétnica do país e outorgando às comunidades o direito de preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional; ter suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições. Em 1988, fechando o ciclo temos a Constituição do Brasil que destinou um capítulo aos direitos dos indígenas, mas não reconheceu a sociedade brasileira como multilíngue, apesar de conceder aos índios o direito de

preservar suas línguas. Também não reconheceu a justiça indígena, que será reconhecida na Colômbia.

Marés de Souza Filho (2013) aponta a Constituição Brasileira de 1988 como divisor de águas neste contexto de constituições na América Latina. As constituições anteriores tratam da questão indígena apenas reconhecendo a língua ou a cultura dos povos originários, mas não reconhecem a terra e a territorialidade. As constituições posteriores, aprofundam a questão da terra e, principalmente, os direitos de se continuar índio, independentemente da cidadania estatal.

O segundo ciclo que Fajardo traz, tido como pluricultural, começou com a adoção e ratificação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os Povos Indígenas, trazendo um avanço ao sistema interamericano, com o reconhecimento do direito consuetudinário indígena.

Quadro 1: Evolução da legislação referente aos indígenas na América Latina

Convenio 169 OIT 1989	Colombia 1991	Peru 1993	Bolivia 1994	Ecuador 1998	Venezuela 1999
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial , de conformidad con sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Rondas Campesinas , pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinário o siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Art.171: (...)Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes . La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.	Art. 191: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia , aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinário , siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes . La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes , según sus propias normas y procedimientos , siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público . La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial

					nacional.
--	--	--	--	--	-----------

Fonte: FAJARDO (2011).

Como se vê no Quadro 1, a Colômbia foi o primeiro país a se reconhecer como nação multicultural e inaugurando o pluralismo jurídico com a Jurisdição Especial Indígena. Marés de Souza Filho (2013) destaca que a Colômbia tem apenas 2% da população reconhecidamente indígena, mas fez uma profunda reforma constitucional à época sendo considerada a que mais longe levou os direitos indígenas, apenas sendo superada pela Constituição Boliviana em 2009 (já no terceiro ciclo apontado por Fajardo). O autor ainda destaca que foram criadas mais duas cadeiras no Senado para representar especificamente as comunidades indígenas e as terras indígenas são definidas como propriedade coletiva e inalienável. Esta constituição reorganizou o país, inclusive a divisão territorial, com uma estrutura multicultural e pluriétnica, rompendo com séculos de invisibilidade de direitos indígenas.

Em 1993 o Peru também declara o caráter pluricultural da nação, também outorgando funções jurisdicionais ao direito consuetudinário indígena, desde que não violem direitos fundamentais da pessoa.

A Bolívia, que é o país mais densamente habitado por indígenas com mais de 70% da população total tem na Constituição de 1994 a afirmação como República multiétnica e pluricultural, além de também reconhecer a funções jurisdicionais no mesmo modelo peruano. Todavia, Marés de Souza Filho (2013) destaca que até essa data, nenhuma constituição tinha reconhecido direitos aos povos indígenas, salvo em duas ocasiões (1938 e 1945) que foram outorgados direitos à educação especial. A Constituição de 1994 também reconheceu direitos sociais, econômicos e culturais, bem como, direito às terras comunitárias de origem, era um texto próximo ao texto constitucional brasileiro.

O Equador na Constituição de 1998 reconhece a jurisdição indígena deixando a possibilidade de aplicar normas próprias, desde que não sejam contrários a Constituição e as leis, o que significa que ainda não havia o pluralismo jurídico, pois, o Estado era o detentor da palavra final. A Venezuela vai no mesmo caminho com a Constituição de 1999.

No último ciclo apresentado por Fajardo, se vê finalmente a plurinacionalidade com o pluralismo jurídico reconhecidos. Em 2007 temos a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas, o texto reflete as reivindicações dos povos indígenas para melhorar suas relações com os Estados nacionais. Os principais pontos da declaração são: direito a autodeterminação; direito ao consentimento livre, prévio e informado de medidas legislativas que lhes competem; reparação pelo furto de suas propriedades; e, manter suas culturas.

Todavia é nas constituições do Equador de 2008 e da Bolívia em 2009 em que foi proposto

a refundação do Estado a partir de um reconhecimento da herança milenar dos povos indígenas, pondo um ponto final no colonialismo. Desta forma, os indígenas não têm apenas os direitos às suas culturas, mas a serem reconhecidos como nações distintas, com poder de determinar suas leis e manter seus costumes e tradições.

Neste novo constitucionalismo plurinacional não basta reconhecer alguns direitos, mas garantir que os povos indígenas possam definir um novo modelo para o Estado que inclua o “bem viver”, a jurisdição indígena, segurança alimentar, entre outras coisas. (FAJARDO, 2011). A refundação do Estado foi uma forma de superar o colonialismo e o neocolonialismo. Antes da invasão europeia estes povos tinham seus sistemas políticos, econômicos, culturais e jurídicos que foram perdidos na imposição de um modelo extrativista e com sua inferiorização como povo (FERNÁNDEZ, 2014; SANTOS 2014).

C. Direitos Indígenas no Brasil

No Brasil tivemos uma grande evolução no reconhecimento dos direitos indígenas em nossas constituições e na legislação infraconstitucional. Marés de Souza Filho (2013) fala da farta legislação indigenista brasileira desde 1808. Esta sempre foi voltada para a integração, sempre retratada ao modo da época. Ele cita exemplos. Em 1808 a legislação trazia a seguinte frase sobre como deveriam ser tratados os indígenas: “...se tente a sua civilização para que gozem dos bens permanentes de uma sociedade pacífica e doce” (1808); Já um pouco mais a frente, em 1845, o texto trazia o comando para o governo “... despertar-lhes o desejo do trato social”; no comando normativo de 1928 a frase “...até a sua incorporação à sociedade civilizada” demonstra qual era o ideal para os povos indígenas; o mesmo se dava nas Constituições de 1934, 1946, 1967 e na Emenda Constitucional nº1 de 1969 “... incorporação à comunhão nacional”; que também era parecido com o comando na legislação de 1973 de “integrá-los progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”.

Oliveira (2013) aponta que na Constituição de 1824 não há nenhuma normatização referente aos indígenas, pois não havia nenhum interesse do governo imperial e sua classe republicana. Na constituição de 1891, embora tenha havido propostas na Assembleia Constituinte, a omissão permaneceu. Somente na constituição de 1934 os povos originários foram mencionados. A autora continua afirmando que nas constituições de 1937, 1946 e 1967 o padrão foi seguido, ou seja, reconheciam os índios mas negavam o direito à diferença e sua autonomia.

Marés de Souza Filho (2013) trata da questão das terras indígenas nas Constituições brasileiras, ele mostra que as constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e EC 1969 traziam referências aos índios, sempre os chamando de silvícolas. Todas essas garantem aos indígenas a

posse de terras onde se acharem “permanentemente localizados”, em geral acrescentando que a garantia se dará com a condição de não a transferirem para outrem. A partir das Constituições de 1967 e EC nº1 de 1969, estas terras são definidas como de domínio da União, demonstrando um certo retrocesso na forma como a norma foi escrita. A maneira como a legislação e os dispositivos regulamentadores estão redigidos mostra de forma clara o ideário assimilacionista do século XX presente até o advento da Constituição de 1988, no qual os índios haveriam de deixar de ser índios para serem integrados à civilização. A partir de 1988 fica estabelecida uma nova relação do Estado Nacional Brasileiro com os povos indígenas habitantes de seu território.

Em outro artigo, o autor analisa além das constituições. Ele mostra que na época da elaboração do Código Civil de 1916, o legislador brasileiro assumiu como verdade jurídica aquilo que na legislação de 1831 não estava explícito, mas era nítido na ordem legal: a relativa capacidade civil dos índios, sua minoridade, sua orfandade. O artigo 6º do Código Civil de 1916 compara os silvícolas aos pródigos e maiores de 16 e menores de 21 anos, que são as pessoas relativamente incapazes para a prática de certos atos da vida civil (SOUZA FILHO, 1993).

Marés (1993) critica o Código de 1916, pois apesar de tão minucioso com vários aspectos da vida do cidadão brasileiro, simplesmente se cala com relação às terras indígenas e à personalidade jurídica dos grupos e comunidades indígenas, ainda que trate com desenvoltura das terras públicas e das pessoas jurídicas de direito público.

Para o autor a legislação penal é ainda pior, pois é “ardilosa”. Ele destaca que o Código Penal de 1940 no artigo que tratava da inimputabilidade colocava os que por doença ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado seriam isentos de pena por serem inteiramente incapaz de entender o caráter criminoso do ato. Note que poderia passar despercebido a intenção do legislador, mas na exposição de motivos, está claramente dito que este artigo se refere também aos silvícolas inadaptados.

O autor ainda comenta que o renomado penalista, um dos membros da comissão que redigiu o código, Nelson Hungria, comenta que entre os deficientes mentais se inclui o silvícola “desprovido de aquisições éticas do civilizado”. E o renomado penalista ainda arremata dizendo, segundo o autor, que *“evitou-se que uma expressa alusão a estes [aos silvícolas] fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio”*. O autor comenta que é ardiloso que o código penal brasileiro queria pregar uma peça aos estrangeiros para esconder a “infestação” de índios na civilização. De tal forma que se nota a vergonha do legislador brasileiro, que para o autor tem a mesma cor da vergonha da lei em relação aos escravos no século XIX, ou seja, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional. Mais, está escondida no Direito Penal a ideia de que os índios se acabarão num futuro próximo na alegria de viver na pacífica, justa e doce

sociedade dos brancos. Ficando assim evidente a ideia etnocêntrica e monista de que o sonho de todo índio é deixar de sê-lo (SOUZA FILHO, 1993).

Marés (1993) também comenta que à época (entre 1928 e 1973) haviam muitos julgamentos de crimes cometidos por índios, a maioria eram punidos diretamente pela agência indigenista oficial, praticamente sem intervenção do judiciário, e que os casos que chegavam aos tribunais superiores tinham jurisprudência pacífica de que os agentes eram suficientemente “aculturados”. No entanto, após esse período a legislação brasileira não adota mais o princípio assimilacionista, apesar de alguns escorregões, ela evolui para um modelo de reconhecimento dos direitos dos indígenas.

Assim, Oliveira (2013) destaca que a Constituição de 1988 é muito mais abrangente que as legislações anteriores, pois não fala somente em integração, mas em respeito às tradições. Também há um reconhecimento das terras indígenas como direito originário, pré-existente à população do território nacional, sendo assim seus direitos são oponíveis de maneira *erga omnes*.

Moraes e Solinho (2013) destacam a postura assimilacionista da Convenção nº 107 da OIT que é a mesma encontrada no artigo 198 da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 e na Lei nº 6.001 de 1973 conhecida como estatuto do índio. Elas destacam que é possível identificar a inexistente participação indígena na elaboração dos documentos, fato que pode ser representado pelo reduzido número de movimentos indígenas organizados à época, também pelo desinteresse do Estado em dar ouvidos a eles. Vários dispositivos do Estatuto do Índio tratam da integração dos índios e de sua cultura à comunidade nacional, e outros dispositivos negam a autonomia a esses povos; ao Estado, cabe decidir sobre as matérias que interessem aos grupos. Essa lei também classificou os índios de acordo com seus graus de civilização e integração à sociedade nacional e a cada uma dessas classificações correspondiam diferentes níveis de potência civil. À época os índios eram distribuídos em isolados, em vias de integração e integrados. (art. 4º). Todavia, as autoras mostram como na Constituição de 1988, em seu artigo 231 novas significações são trazidas para o texto constitucional, mormente no direito à diferença. Neste mesmo contexto histórico, elas também destacam a nova convenção da OIT, de número 169 que tem a intenção de priorizar formalmente o direito à autonomia. Essa convenção foi ratificada pelo Brasil em 2002. No entanto não elas criticam a falta de sintonia entre o texto constitucional e o que de fato se passa no mundo real.

D. Desafios para o pluralismo jurídico

Vários são os desafios para a aplicação do pluralismo jurídico. A aceitação dos indígenas como povos causa um problema, pois seria como a existência de um Estado dentro do Estado, sendo reconhecida sua autodeterminação, estes povos poderiam se relacionar diretamente e

independentemente com outros membros políticos do planeta (OLIVEIRA, 2013).

Uma outra questão é a crise de legitimidade que o pluralismo causa no direito estatal, de maneira que acontecem situações que o Estado não exerce seu monopólio da violência legal, tampouco alcança a legitimação e consenso social em sua ação. As deficiências do direito oficial são substituídas por outros sistemas de normas sociais (SABADELL, 2005; ALVES E OLIVEIRA, 2018).

Dois sistemas de proteção podem entrar em conflito direto no modelo de pluralismo jurídico. Conforme visto anteriormente, no segundo ciclo descrito por Yrigoyen Fajardo (2011), as constituições permitem uma jurisdição indígena, mas esta não podia entrar em conflito com a Constituição do País ou outras leis.

Neste ponto reside um problema, e se as tradições e o direito consuetudinário de determinado povo indígena preveem como sanção chibatadas? Essa prática que pode ser entendida como tortura pode ser proibida na legislação do país. Ou ainda, e se houver sacrifícios humanos? Ou qualquer outra violação que seja interpretada como violação aos direitos humanos básicos?

Dantas (2014) entende que os direitos diferenciados em razão de grupo requerem, antecipadamente, o pleno reconhecimento formal das múltiplas identidades formadoras do tecido social do Estado e a constante negociação no estabelecimento de direitos especiais e meios de efetividade. Deste modo, o autor ressalta que uma pergunta se impõe: quais são esses direitos identitários e culturais diferenciados, dos quais são titulares os povos indígenas? A resposta para o autor carrega um nível de complexidade impossível de ser detalhado à exaustão. Duas razões são apontadas por ele, a saber: a) a diversidade de povos e organizações sociais; b) as noções de identidade e de cultura não são estanques, puras, tampouco estáticas, o que requer uma noção dinâmica desses direitos.

O autor cita Souza Filho para rechaçar a universalidade dos direitos humanos, pois essa ideia foi imposta a todas as culturas, em realidade, segundo este, cada povo constrói seus próprios direitos humanos, segundo seus usos, costumes e tradições, sendo assim, não existem direitos humanos universais, o que existe é um direito universal de cada povo elaborar seus direitos humanos, apenas não podendo violar os direitos humanos dos outros povos (DANTAS, 2014).

Neves (2014) traz alguns casos práticos, que muito elucidam esses desafios do pluralismo jurídico. Ele trata do caso dos Índios Suruahá, situados no Amazonas que tem uma norma consuetudinária para matar recém-nascidos com deficiência física, já os indígenas da etnia Yawanawá no Acre, matam um dos gêmeos recém-nascidos. Essas práticas também são comuns entre os Yanomami e outras etnias.

O autor afirma ser esse um conflito praticamente insolúvel entre o direito de autonomia

cultural e o direito à vida. Ele cita os seguintes casos que são muito esclarecedores: uma indígena Yawanawá que denunciou-se como vítima dessa prática (matar recém-nascidos) numa oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio em 2002. Também houve ampla difusão na mídia de um caso de uma criança com disfunção hormonal congênita, da etnia Suruahá, resgatada por um casal de missionários.

Neste contexto o Deputado Federal pelo Acre, Henrique Afonso escreveu o Projeto de Lei nº1.057/2007 criminalizando a prática de tirar a vida de recém-nascidos. Há aqueles que defendem o direito fundamental à vida, e há os que entendem que essa criminalização pode ser vista como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas. Atualmente o projeto de lei encontra-se na comissão de direitos humanos do senado.

Neves (2014) citando Segato diz que deve-se ponderar entre “*o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo*”. Para o autor o melhor caminho para se resolver essa colisão é o de garantir “*jurisdição ou foro étnico*”, para que cada comunidade indígena “*resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio*”.

Para ele isso não quer dizer que o lado mais poderoso (no caso o Estado) vai simplesmente tolerar o que é intolerante, mas sim, trata-se da capacidade de admitir a autonomia dos povos indígenas, não submetida aos modelos do constitucionalismo estatal. Para o autor caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica que é o ideal. Ele aponta que é necessário que haja uma postura de moderação por parte do Estado relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrarem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais diferentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A América Latina era habitada por múltiplas etnias e povos com suas diferentes concepções de vida e diferentes ordenamentos consuetudinários que organizavam suas comunidades e povos. Depois que foi tomada pelos povos europeus houve um período largo de tempo que a América Latina era apenas uma colônia destes.

No final do século XIX surgem os movimentos nacionalistas de independência. Porém, esse processo se deu sob a influência do constitucionalismo europeu, pois em realidade não houve um grande distanciamento dos países colonizadores, tendo em vista que muitos dos conquistadores espanhóis e portugueses (ou seus filhos) permaneceram por aqui como nativos lutando pelas novas nações.

Nisso resultou novas nações, mas que possuíam Estados estruturados aos moldes europeus,

com um modelo monista de ordenamento jurídico, excluindo totalmente ou parcialmente os povos originários, bem como suas culturas e forma de viver.

A partir do fim do século XX e começo do século XXI é que temos o constitucionalismo pluralista em que os países latino-americanos passam por reformas constitucionais com um crescente reconhecimento dos direitos indígenas. Antes estes direitos eram simplesmente negados. De maneira progressiva foi se reconhecendo o direito à diferença até chegarmos ao reconhecimento da autonomia dos povos indígenas.

Esta autonomia, que é a essência do pluralismo jurídico, traz consigo vários desafios, pois na prática é o reconhecimento de um Estado dentro do Estado. Ou ainda, a perda da legitimidade do Estado para decidir a conduta de sua população, ou ainda mais: a perda da monopolização do uso da violência. Explica-se. Como visto, até os direitos humanos, que para muitos são inerentes às pessoas humanas, de forma universal, agora devem ser ressignificados, pois para diferentes culturas, há diferentes formas de se entender a vida, por exemplo, ou como se deve o indivíduo se comportar.

A conclusão a que se chega é que ainda há um vasto caminho a se percorrer para que se chegue a um equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os direitos coletivos de todos os seres humanos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Henrique Weil; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. O Estado Plurinacional da Bolívia e do Equador: Matrizes para uma releitura do Direito Internacional Moderno in **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v.17, n. 1, p. 263-276, 2011. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/249>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ALVES, Vanessa Estevam; OLIVEIRA, Jadson Correia de. Análise Crítica acerca do Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções ao neoconstitucionalismo. **Rios Eletrônica**, Ano 12, n.15, Paulo Afonso: FASETE, 2018. Disponível em: <https://www.fasete.edu.br/revistarios/media/revistas/2018/15/analise_critica_acerca_do_novo_constitucionalismo_latinoamericano.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

ALVES, Marina Vitória. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: características e distinções. **Revista SJRJ**, v.19 n.34, Rio de Janeiro: 2012. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/363-1431-1-pb.pdf>>. Acesso em: 10 jul 2019.

BALDI, Cesar Augusto. Novo constitucionalismo latino-americano. **Jornal Estado de Direito**. 32. ed. Porto Alegre: 2011. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/330950613/BALDI-Cesar-Augusto-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano>>. Acesso em: 19 jan. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2014.

- BEÇAK, Rubens. **Democracia: Hegemonia e aperfeiçoamento**. São Paulo: Saraiva, 2014
- BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. Povos indígenas e cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina in **Revista de Antropologia**, v.53, n.2, São Paulo: USP, 2010. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/41616389?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 10 jul 2019.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 1 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 11ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Contribuições teórica latino-americanas para a universalização dos direitos humanos. **Revista da Presidência**, v.13, n 99, Brasília: 2011. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/143>>. Acesso em: 10 jul 2019.
- BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder legislativo**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Seção I, p. 13177.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Legislativo, Brasília, DF, 05 dez. 1988.
- CABALLERO, Daniel. Los países del mundo que tienen reconocida la plurinacionalidad. In: **ABC España**. VOLUME, NUMERO, Madrid, 2017. Disponível em: <https://www.abc.es/espana/abc-paises-mundo-tienen-reconocida-plurinacionalidad-201706200259_noticia.html>. Acesso em: 19 jan. de 2019.
- CALEIRO, Manuel Munhoz; LEITE, Carla Vladiane Alves. Constitucionalismo Latino-Americano, Culturas Indígenas e Administração da Justiça. In: **Sociologia, antropologia e culturas jurídicas**. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. rev. ampl. e atual. conforme a Emenda Constitucional n.67/2010 – Salvador: JusPodivm, 2011.
- DANTAS, Fernando Antonio De Carvalho. Descolonialidade E Direitos Humanos Dos Povos Indígenas. **Revista de Educação Pública**. V. 23 n. 53, Cuiabá: 2014. Disponível em: <<http://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/educacaopublica/article/view/1621>>. Acesso em: 10 jul 2019.
- DALLARI, Dalmo de Abreu: **Elementos de teoria geral do Estado** – 32.ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. In: **El Otro Derecho**, n.39. Bogotá: ILSA, 2004
- _____. **De la Tutela a los Derechos de Libre Determinación del Desarrollo, Participación, Consulta y Consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación**. Peru:

Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2009.

_____. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, Cesar Rodriguez (org). In: **El Derecho in America Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FERNÁNDEZ, Raul Llasag. Constitucionalismo Plurinacional e Intercultural de transición: Equador e Bolívia. In: **Revista Meritum**, v. 9, n. 1. Belo Horizonte:

FUMEC, 2014. Disponível em: < <http://www.fumec.br/revistas/meritum/article/view/2497>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

FERRAZO, Débora; LIXA, Ivone Fernandes Morcilo. Pluralismo jurídico e interpretação plural na jurisdição constitucional boliviana. In: **Revista Direito e Práxis**, v.08, n.04. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: < <https://www.redalyc.org/pdf/3509/350954304006.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

GARGARELLA, R. **Lo "viejo" del "nuevo" constitucionalismo latinoamericano**. Disponível em: <https://www.law.yale.edu/system/files/documents/pdf/SELA15_Gargarella_CV_Sp.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2019.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é a democracia? A genealogia filosófica de uma grande aventura humana**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

IANNI, Octavio. O Estado-Nação na época da globalização. **Revista Econômica**, Vol. I, n.1, LUGAR: 1999.

MACIEL, Luciano Moura.; SOUZA, Maria Claudia Antunes de Souza. ; YOSHIDA, Consuelo Yatshuda Moromizato. ; CAVALAZZI, Rosangela Lunardelli. As mobilizações dos grupos sociais e a construção dos direitos étnicos no Brasil. In: Maria Claudia Antunes de Souza, Consuelo Yatshuda Moromizato Yoshida; Rosangela Lunardelli Cavalazzi. (Org.). **Direito Ambiental II**. 1ed, v. 01, p. 104-123. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

MACIEL, Luciano Moura. O Acesso à Justiça dos Povos Indígenas e o Necessário Diálogo com o Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo** v. 22, n. 1, São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2016.

MACIEL, Luciano Moura; MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. **Jurisdição Indígena: Possibilidade e desafios para o Brasil**. Florianópolis: CONPEDI, 2016

MAGALHÃES, Raíra Simões; CÂMARA, Thiago Sette. Reflexões sobre os Direitos Humanos e o Plurinacionalismo na América Latina. **World Citizen Magazine**, v.2, n.1, Brasília: UCB, 2014. Disponível em: <<https://bdtd.ucb.br/index.php/RIUCB/article/view/5467/3478>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

DE MAGALHÃES, JOSÉ LUIZ QUADROS. O estado plurinacional na américa latina. **REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS–Faculdades Santo Agostinho**, v. 3, n. 2, p. 9-25, 2017. Disponível em: < <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/30440-31724-1-PB.pdf>>. Acesso em:19 jan. 2019.

MARÉS DE SOUZA FILHO, Carlos Frederico; BERGOLD, R. C. (Org.) **O Direito Dos Povos Indígenas no Brasil: Desafios no século XXI**. 1. ed., Curitiba: Letra da Lei, 2013.

_____. O Direito Envergonhado: O Direito E Os Índios No Brasil. Estudos Jurídicos: **Revista de Estudos Jurídicos da PUC/PR**. Curitiba: v. 01, p. 20-37, 1993. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r06852-5.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

MERGULHÃO, Emanuel Corrêa; BELFORT, Thalyta Rocha; PIRES, Simone Maria Palheta. O Novo Constitucionalismo Latino-Americano e o Direito Constitucional de Acesso à Justiça das populações indígenas. In: **Seminário Direito, Justiça e Sociedade**, v.1. Macapá, 2017.

MORAES, Patrícia Louise; SOLINHO, Elisa Assumpção. Autotutela indígena: até que ponto o protagonismo é do índio? In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Caroline Barbosa Contento Nogueira; Manuel Munhoz Caleiro. (Org.). **Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Letra da Lei, 2013 v. 1, p. 75-86.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. 7. Ed. Re. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Marcelo 2014 – Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao Transconstitucionalismo na América Latina. **Revista de Informação Legislativa**. Ano 51, n. 201, 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p193.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

OLIVEIRA, Jessica Fernanda Jacinto De. Direito e Efetividade: um paradoxo ainda atual na questão indígena. In: **Povos indígenas, quilombolas e ciganos no Brasil**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção nº 169**, sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011.

PINTO, Simone Rodrigues. Reflexões sobre pluralismo jurídico e direitos indígenas na América do Sul. **Revista Sociologia Jurídica**, n.6 p.6, 2008. Disponível em: <>. Acesso em: .

PONCE, Sofía Cordero. Estados plurinacionales em Bolívia y Ecuador. **Revista Nueva Sociedad** n.240, Nueva Sociedad, 2012. Disponível em: <>. Acesso em: .

POZO, Karen Johanna Bombón; MIOTTI, Lucas Arantes. Repensar o Modelo de Estado Latino-Americano: Análise sobre o Estado Plurinacional da República do Equador. In: **Simpósio Internacional Pensar e Repensar a América Latina**. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sites.usp.br/prolam/wp-content/uploads/sites/35/2016/12/POZO_MIOTTI_II-Simposio-Internacional-Pensar-e-Repensar-a-America-Latina.pdf>. Acesso em 10 jul. 2019.

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

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia**. Bolivia: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

_____. “Descolonização” da América Latina exige reconhecimento dos direitos indígenas.

Encontro Internacional dos Povos Indígenas, Estados Plurinacionais e Direito à água. 2008. Disponível em: < <http://alainet.org/active/24273&lang=es> >. Acesso em: 11 mar. 2019.

SANTOS, Gilda Diniz dos. Constitucionalismo Latino-Americano: positivação e efetivação do direito indígena nas constituições recentes da Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil. **XXIII Congresso Nacional do CONPEDI.** João Pessoa, 2014.

THEODORO, Marcelo Antonio; CURADO FILHO, Diógenes Gomes. Os Direitos Indígenas e a Ordem Jurídica atual: análise a partir do confronto originado pela operação eldorado. In: **Sociologia, antropologia e culturas jurídicas.** 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o Direito à vida: uma reflexão na perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. In: **Veredas do Direito**, v.12, n.23, Belo Horizonte: 2015. Disponível em: <>. Acesso em:.

TONET, Fernando; SOUZA, Matheus Figueiredo Nunes de. O paradigma latino americano da jurisdição indígena e o panorama brasileiro. In **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v.5 n.1, Canoas: IMED, 2017. Disponível em: <>. Acesso em:.

LEE VAN COTT, Donna. Latin America: constitutional reform and ethnic right. **Parliamentary Affairs**, v. 53, n. 1, p. 41-54, 2000. Disponível em:<<https://academic.oup.com/pa/article-abstract/53/1/41/1446599?redirectedFrom=fulltext>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

VASCONCELOS, Jaqueline Maria de; NETO, Álvaro de Oliveira Azevedo. O Plurinacionalismo da Bolívia: a inclusão do outro pelo exercício da democracia. In: **Revista de Direito Brasileira**, v.18, n.7, São Paulo, 2017. Disponível em: <>. Acesso em:.

VITALE, Ermanno. Direitos Indígenas e Direitos Fundamentais: Uma Reflexão Crítica. **Revista Eletrônica do Curso de Direito–PUC Minas Serro**, n. 2, p. 1-12, 2010. Disponível em: <<http://200.229.32.55/index.php/DireitoSerro/article/view/1341/1843>>. Acesso em: 10 jul. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** Fundamento de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Ed. Alfa Ômega, 2001.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. **Simpósio de direito constitucional da absconst. IX. Anais eletrônicos.** Curitiba: ABDCONST. 2011, p.143-155. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>. Acesso em 20 jan 2019.